

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS A
MENORES QUE SE ENCUENTRAN BAJO CUIDADO Y PROTECCIÓN DEL
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF U HOGARES
COMUNITARIOS VINCULADOS A DICHO INSTITUTO.

YULI PAULIN TORRES VIVAS
SINDY FONSECA CORRECHA

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
ASIGNATURA- FUNDAMENTOS DE EPISTEMOLOGÍA

BOGOTÁ, D.C.

2.018

La Responsabilidad Extracontractual del Estado por los daños a Menores que se encuentran bajo cuidado y protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF u Hogares Comunitarios vinculados a dicho Instituto en Colombia.

Yuli Paulin Torres Vivas

Sindy Fonseca Correcha

Universidad la Gran Colombia

Especialización en Derecho Administrativo

Asignatura- Fundamentos de Epistemología

Bogotá, D.C.

2.018

AGRADECIMIENTO:

Dedicamos este trabajo principalmente a Dios, por habernos dado la vida y permitirnos el haber llegado hasta este momento tan importante de formación profesional y académico.

A nuestros padres, hijos, parejas y familiares, como pilar más importante, quienes con su amor, paciencia y esfuerzo nos han permitido llegar a cumplir uno de nuestros sueños más preciados, gracias por inculcar el ejemplo de esfuerzo y valentía.

De igual manera nuestros agradecimientos a la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA, a nuestros docentes quienes con la enseñanza de sus valiosos conocimientos hicieron que podamos crecer día a día como profesionales, gracias a cada una de ustedes por su paciencia, dedicación, apoyo incondicional y amistad.

Finalmente queremos expresar nuestro más grande y sincero agradecimiento a la Dra. Sandra Marcela Castañeda, principal colaboradora durante todo este proceso, quien con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración permitió el desarrollo de este trabajo

“Sostengo que cuanto más indefensa es una criatura, más derechos tiene a ser protegida por el hombre contra la crueldad del hombre”.

Mahatma Gandhi

RESUMEN:

En el presente trabajo se exponen los aspectos de orden jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado y sus agentes, de acuerdo con el Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. Así mismo, este tiene a su cargo las medidas de restablecimiento de derechos de los menores de edad, las cuales debe aplicar en función de los principios del interés superior del menor, prevalencia de sus derechos y corresponsabilidad contenidos en los artículos 13 y 44 de la Constitución política de Colombia de 1991.

Se examina la responsabilidad Estatal cuando se ocasiona un daño antijurídico a un niño o niña que se encuentra bajo el cuidado y protección del ICBF. para lo anterior, se limita el estudio al caso particular de la responsabilidad extracontractual del Estado, esto es, aquella en la que entre víctima y autor del daño no existe vínculo anterior alguno, o que si aún existe tal vínculo, el daño sufrido por la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia, por supuesto en sede administrativa atribuible al Estado o uno de sus agentes, en que el autor del daño, Estado o agente estatal como se verá, está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes.

Finalmente, dado el objeto sobre el cual se rige el presente escrito a partir de la referencia jurídica, se propone llamar la atención acerca de la falta de previsión que en materia de cuidado a la niñez desamparada en Colombia se ha venido gestando con los deficientes controles de los órganos competentes y la carente efectividad de las políticas públicas del Estado para hacer evidente el goce de los derechos de esta población, que requiere una especial protección.

ABSTRACT

In the present work the legal aspects of the extracontractual liability of the State and its agents are exposed, according to Article 90 of the Political Constitution of Colombia of 1991, the State must respond patrimonially for the unlawful damages that are attributable to it. Likewise, it is in charge of measures to restore the rights of minors, which must be applied in accordance with the principles of the best interests of the child, prevalence of their rights and co-responsibility contained in articles 13 and 44 of the Political Constitution of Colombia of 1991.

State responsibility is examined when unlawful damage is caused to a child who is under the care and protection of the ICBF. for the foregoing, the study is limited to the particular case of non-contractual liability of the State, that is, one in which between victim and perpetrator there is no previous link, or if there is still such a link, the damage suffered by the The victim does not come from said previous relationship but from another circumstance, of course in the administrative headquarters attributable to the State or one of its agents, in which the author of the damage, State or State agent, as will be seen, is obliged to compensate the victim of a crime. prejudice that does not come from a prior legal bond between the parties.

Finally, given the object on which the present writing is based on the legal reference, it is proposed to call attention to the lack of foresight that in the matter of care for the abandoned children in Colombia has been brewing with the deficient controls of the competent bodies and the lack of effectiveness of the public policies of the State to make evident the enjoyment of the rights of this population, which requires special protection.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad Extracontractual, Estado, Infancia y Adolescencia, primera infancia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), hogares comunitarios, protección, acción prioritaria.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 8 |
| CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION | 10 |
| 1.1 OBJETIVOS | 10 |
| 1.1.1 OBJETIVO GENERAL | 10 |
| 1.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 10 |
| 1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 10 |
| PREGUNTA | 12 |
| 1.3. MARCO TEORICO..... | 12 |
| 1.4. MARCO JURÍDICO | 16 |
| CAPITULO II. EL ESTADO COLOMBIANO Y RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS HOGARES COMUNITARIOS | 22 |
| 2.1 Antecedentes de los hogares comunitarios en Colombia a la luz de la normativa vigente. | 22 |
| 2.2 Alcance del concepto primera infancia en Colombia..... | 27 |
| 2.3 Entidades públicas responsables de garantizar los derechos de las personas incluidas en los programas de primera infancia. | 29 |
| 2.4 Jurisprudencia Nacional relativa a la protección de menores que se encuentran bajo cuidado y protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF u Hogares Comunitarios vinculados a dicho Instituto en Colombia. | 33 |
| CAPITULO III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MENORES QUE SE ENCUENTRAN BAJO CUIDADO Y PROTECCIÓN DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF U HOGARES COMUNITARIOS VINCULADOS A DICHO INSTITUTO EN COLOMBIA..... | 40 |
| 3.1 Régimen de Responsabilidad del Estado con ocasión a la operancia de hogares comunitarios vinculados al ICBF en Colombia | 40 |
| 3.2 Obligaciones de los hogares comunitarios vinculados al ICBF frente a los menores que se encuentran bajo cuidado y Responsabilidad de los hogares comunitarios..... | 44 |
| CONCLUSIONES | 48 |
| REFERENCIAS | 50 |

INTRODUCCIÓN

Dentro de la evolución del Estado, se ha considerado la protección de los menores como una acción prioritaria, debido a que es la formación de estos, lo que puede influir en la determinación de un proyecto de vida, ya que será el factor preponderante en su formación.

Hasta hace poco tiempo, este tema no pertenecía al ámbito político, sino al ámbito meramente social, con lo que únicamente enmarcaba el tema como simple beneficencia.

Ya en los tiempos modernos, se ha descubierto, que el deber fundamental de toda sociedad es el formar en valores, proteger y garantizar los derechos de los menores, como lo expresa la Constitución Política de Colombia., 1991, art. 44, por lo cual se hace necesario restablecer el ordenamiento jurídico que legisla la situación de deberes y responsabilidades de las niñas, niños y adolescentes.

Con la Ley 1098, 2.006 se da alcance a las medidas de restablecimiento de derechos, dándole un enfoque objetivo: Restaurativo, educativo y protector de los menores de edad (niños, niñas y adolescentes), evidenciando la correlación que debe existir entre la familia, contextualizada como unidad primigenia de la sociedad, y dentro de su función de núcleo, debe ser el primer eslabón de la cadena de prevención y formación del sujeto.

No obstante, lo anterior, es preciso dar un enfoque específico a la situación que viven los niños, niñas y adolescentes que carecen de un núcleo familiar y no tienen un hogar establecido, sino por el contrario se encuentran bajo custodia del ICBF y/o instituciones

que prestan servicio de protección para el mismo, con el fin de identificar la efectividad en el cumplimiento de sus funciones en materia de protección de los menores.

CAPITULO I. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer la naturaleza de responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano, frente a su deber de protección, cuidado y atención integral a las niñas y los niños menores de cinco (5) años que se encuentran bajo custodia de hogares comunitarios de bienestar integral adscritos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

1.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Reconocer la naturaleza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los Hogares Comunitarios.
- Describir la naturaleza de imputación presentes en la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes del ICBF y sus hogares comunitarios.
- Identificar el deber del Estado de protección y cuidado sobre niños, niñas y adolescentes, que recae en el ICBF y los hogares comunitarios.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Estado dentro de su función de garante de derechos de todos los individuos, así como también de ser el encargado de la administración de justicia, ha establecido que así como la familia es la encargada de hacer la formación inicial del individuo en sociedad, el Estado, cuando ejerce su función jurisdiccional sobre los niños, niñas y adolescentes, debe propender una real formación, una protección verdadera, en donde estos sujetos (menores), puedan servir como sujetos activos de una sociedad.

Es así, como la administración pública en ejercicio de su función crea mecanismos de control que permitan verificar que las actuaciones estatales se realicen conforme a los principios de interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Dentro de la vigilancia, inspección y control a ejercer en este caso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual fue creado con el objetivo de proteger a la familia y de los menores, así como, recibir y distribuir los recursos y auxilios que se incluyan en el presupuesto nacional con destino a entidades oficiales o particulares que se ocupen de programas de bienestar social del menor y de la familia. (Ley 75, 1968).

El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098,2006, art 16). Termina por confirmar la necesidad de que exista una vigilancia del Estado sobre todas aquellas personas jurídicas o naturales con personería jurídica expedida por el ICBF que alberguen o cuiden a niños, niñas o adolescentes.

Es así como se considera de gran relevancia realizar una verificación al cumplimiento efectivo de la función de protección del Estado ejercida a través del ICBF y la importancia de entender nuestro sistema jurídico y la seguridad que el Estado debe proporcionar a los menores de edad al asegurar la custodia y su reintegro a la sociedad.

De esta forma la presente investigación pretende establecer la efectividad de la función de vigilancia, inspección y control ejercida por el Estado a los hogares comunitarios de protección integral, adscritos al ICBF, identificando las acciones u omisiones por parte del mismo y si las medidas ejercidas garantizan una protección integral.

PREGUNTA

¿Es efectiva la vigilancia, inspección y control que ejerce el Estado Colombiano a través del ICBF a los hogares comunitarios de bienestar integral, que tienen bajo su custodia a niñas y niños menores de cinco (5) años?

1.3. MARCO TEORICO

El deber de cuidado del Estado, respecto a las niñas y los niños menores de cinco (5) años que se encuentran bajo custodia de hogares comunitarios de bienestar integral adscritos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF. Conlleva a que se analice la Teoría de la Responsabilidad Extracontractual, derivada de la teoría de la responsabilidad y la fuente de las obligaciones.

La teoría de la responsabilidad es un elemento esencial en el derecho, para esto se tiene que analizar la estructura comenzando por la *responsabilidad*. Según la Real Academia de la Lengua Española, esta se define como:

“4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.” (Resaltado fuera del texto original) (RAE, 2014):

Es decir, es la capacidad y obligación de todo sujeto de reconocer las consecuencias de sus *actos* y de los hechos que él domina o está obligado a prever.

Ahora bien, toda responsabilidad es diferente por las consecuencias derivadas de los actos y hechos *humanos*: Si atenta contra un *bien jurídico tutelado* de máxima

importancia, la responsabilidad será de naturaleza penal y al autor del acto se le impondrá la sanción contemplada en la norma penal; si atenta el patrimonio de forma leve o media, la responsabilidad será de naturaleza *civil*; si el hecho o acto es ejecutado por una autoridad administrativa o en ejercicio de una función pública, la responsabilidad será de naturaleza administrativa.

No obstante, no todos los orígenes de la responsabilidad son los mismos. Según la teoría clásica de las obligaciones, son fuentes de responsabilidad los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. Este concepto, propio del derecho romano, delimita el tipo de responsabilidad en dos: “La responsabilidad contractual, derivada de los contratos como fuentes de las obligaciones, y la responsabilidad extracontractual, que tiene fuente en otras fuentes de las obligaciones y cuya responsabilidad no deriva de la voluntad de las partes involucradas en el hecho o acto”. Por tanto, es en la teoría de la responsabilidad extracontractual en la que se alojará el presente Marco Teórico ((GONZÁLEZ, 2013, pág. 3.)

En el régimen de Responsabilidad Extracontractual tiene origen en la consecuencia de los actos y hechos que produzcan un daño, y cuya concurrencia sea independiente de un contrato o convención que haya surgido de la voluntad de quienes están involucrados directamente en lo ocurrido.

Tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad extracontractual deriva de la regla *Alterum non laedere* (no dañes a nadie), atribuida a Ulpiano como máxima moral. No obstante, en el derecho romano no se observaba la

intencionalidad del autor, sino únicamente el daño causado. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC13925-2016)

Es, desde finales del Siglo XIV y hasta el período de codificación originado a finales del Siglo XVIII, bajo el amparo del derecho común, que se habla de la intencionalidad del autor del acto o hecho que origina el daño, lo cual influirá en su responsabilidad. Es decir, desde esta época se empiezan a configurar los conceptos de dolo o culpa, y de regímenes subjetivo y objetivo de la responsabilidad extracontractual.

Al mismo tiempo, con el desarrollo del ius naturalismo evolucionará la doctrina de la responsabilidad, utilizando máximas “naturales” para fundamentar principios jurídicos de obligatorio cumplimiento, del cual deviene y cobra fuerza la regla “No dañes a nadie”. No obstante, con la evolución de la legislación a través de las codificaciones, se impuso el concepto de la responsabilidad civil con derecho a reparación, siempre que se lesionara injustamente un bien tutelado por el ordenamiento jurídico. Es decir, surge el análisis de las circunstancias que rodean a los hechos y que dan origen al daño, a la par que la naturaleza de éste último y la intencionalidad de quien lo ocasiona (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC13925-2016).

Si bien es cierto dicho concepto impera en la actualidad, se ha conjugado con un criterio de justicia restaurativa (en el buen sentido kantiano), según el cual no sólo se debe reparar el daño, sino que se debe procurar que las cosas regresen al Estado en el que se encontraban antes de la ocurrencia del hecho que origina la responsabilidad.

Es de allí que surgen los elementos que configuran la actual teoría de la responsabilidad civil (extracontractual, en este caso), y que son determinantes a la hora de analizar la información recolectada:

El daño jurídicamente relevante, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC13925-2016, el daño debe tener dos connotaciones: Que sea relevante, y que sea claramente antijurídico. La relevancia del daño tiene relación con el nivel de afectación a quien lo ha sufrido: Mal podría predicarse la responsabilidad cuando el daño ocasionado es mínimo o casi inexistente; por otra parte, se debe tener en cuenta que el daño debe ser antijurídico, es decir que sea contrario a los postulados y principios del derecho. Un caso claro de esto último, puede ser la actividad médica que es regulada jurídicamente y aceptada en sus principios, puesto que el daño irrogado por el profesional médico es mínimo y representa un gran beneficio a quien lo soporta.

La atribución del daño al agente (nexo causal): No se puede decir que la existencia de la responsabilidad de una persona, cuando no se logre probar que fue quien produjo el daño que debe indemnizarse. Si bien es cierto, en un número nada despreciable de ocasiones es claro este concepto, debe discriminarse perfectamente cuando existe un deber legal (como el servicio público, las cargas públicas, el riesgo controlado y jurídicamente aceptado), y si este fue incumplido o excedido.

Tal como manifiesta la Corte Suprema de Justicia, en el régimen de responsabilidad subjetiva es necesario verificar si el daño es reprochable a quien lo cometió, en razón de su potencialidad para cometerlo, tanto por sus facultades mentales como por las circunstancias que lo rodean. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC13925-2016).

Tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la responsabilidad subjetiva, debe verificarse el grado de consciencia y voluntad del autor para cometer la conducta, que variará desde quien la cometa con plena consciencia y voluntad (dolo), quien la comete por imprudencia, hasta quien la cometa con una ignorancia absoluta y una falta de pericia manifiesta.

Asociado a los anteriores elementos, se predica que en materia administrativa debe verificarse el título especial de imputación del daño, puesto que la administración, debido a las funciones y actividades que despliega, puede afectar a los particulares o a otras entidades públicas en diferentes formas: Daño Especial, Falla en el servicio, Riesgo Excepcional, etc.

1.4. MARCO JURÍDICO

En relación con la protección de la infancia y la adolescencia la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales los cuales han sido organizados y nombrados en varias jurisprudencias, estos son; el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior.

El principio de interés superior de los niños y niñas está incorporado a través de la Ley 12 de 1991 aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa, este principio lo encontramos en el inciso final artículo 44 de la Constitución política de 1991.

En el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia determina los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la

obligación de asistirlo y protegerlo, para garantizarle su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales son en gran parte los objetivos fundamentales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cuyo cumplimiento, particularmente en lo atinente a la protección del menor, han sido expedidas numerosas leyes, a través de las cuales se ha obtenido asignación de recursos y autorización para la creación de otras dependencias que bajo su control y vigilancia desarrollan dichos objetivos, como es el caso de los Hogares Comunitarios.

En la sentencia T-1226 del 23 de febrero de 2006; la Corte Constitucional Expone la protección especial de los menores a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión y deja claro que el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

La convención de los derechos del niño fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, Esta convención fue ratificada y entro en vigor para Colombia el 28 de febrero del año 1991, En esta convención se dejaron claras posturas frente a los derechos del niño y en donde el Estado colombiano al aceptar y ratificar la convención se comprometió a crear políticas públicas en pro de los derechos de los niños.

Con el objetivo de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, con la Ley 75 de 1968 se creó el ICBF, como un establecimiento público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo fin es el de “proveer a la protección del menor y, en general al mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas”. Entre las funciones asignadas al instituto en dicha ley se destaca la de “Fundar, dirigir y administrar en distintas partes del territorio Nacional centros pilotos de bienestar familiar y protección de los menores, con el objeto de investigar la mejor manera de coordinar la acción de los establecimientos públicos y privados en lo tocante a la salud, educación y rehabilitación de los menores, la vinculación de los grupos comunitarios a la protección de la familia y del niño y el ejercicio de la acción tutelar del Estado sobre los menores...”.

Con esta ley se crean los centros de atención integral al pre-escolar, para los hijos menores de 7 años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados, programas que la entidad, por virtud de la misma ley, debió hacer extensivos a los niños menores de 7 años hijos de trabajadores independientes y de padres que se encontraran en estado de desempleo; En estos modelos pedagógicos, el ICBF prestaba atención especializada total y directa al niño, con una limitada intervención de la familia y la comunidad.

En aplicación de la Ley 7ª de 1979 y de su Decreto Reglamentario 2388 de ese mismo año, se implementó un modelo diferente, en el que fueron involucradas la familia y la comunidad, con el fin de aprovechar los espacios colectivos para impulsar la socialización

de los niños, más allá de la simple instrucción, procurando con ello que el niño no perdiera el apego a su entorno y que los padres asumieran sus obligaciones.

De manera concomitante no debe olvidarse que el Decreto 2388 de 1.979, en su artículo 62 estipula: “Todo hogar infantil para la atención integral al preescolar cualquiera sea su naturaleza jurídica u organización, se rige por las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF”. Y, en relación con los funcionarios de los hogares, en el artículo 63 dispuso que “quienes presten sus servicios en los hogares infantil es, cualquiera sea su modalidad, deben reunir los requisitos físicos, mentales y morales adecuados, definidos por el instituto Colombiano de Bienestar Familiar con tal fin”, En las décadas siguientes se fue fortaleciendo la conciencia sobre la importancia de la protección de los niños, de la garantía plena de sus derechos y de la participación familiar y comunitaria en la educación y desarrollo infantil. Conforme lo antes expuesto, es preciso referir que la Ley 7 de 1979, reorganizó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes.

Decreto 2388 de 1.979, en su artículo 62 estipula: “Todo hogar infantil para la atención integral al preescolar cualquiera sea su naturaleza jurídica y organización, se rige por las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF.

En virtud de la normatividad antes mencionada, la Junta Directiva del I.C.B.F., mediante Acuerdo No. 21 del 23 de abril de 1.996, se fijaron los lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios, ya allí se hace referencia a los aspectos

generales del funcionamiento del programa y su financiación por parte del Estado, sino que además se detallan todos los aspectos a tener en cuenta para la implementación de un hogar comunitario, aspecto sobre el cual, el instituto conserva su deber de supervisión y vigilancia y adicionalmente está facultado para ordenar su cierre, tal como lo contempla el Acuerdo 50 de 1996.

De este Acuerdo se destaca la reiteración de la definición realizada por la Ley 89 de 1988 que este acuerdo trae en el texto del artículo primero, en ese mismo sentido, establece parámetros de las áreas de intervención, acciones y estrategias dentro de las que se destacan, la complementación alimentaria, vigilancia del estado nutricional, de salud, desarrollo psicosocial, capacitación para los agentes educativos comunitarios y la supervisión y evaluación entre otros. Finalmente es importante precisar que mediante la Resolución 776 de 2011, se actualizó la operación y funcionamiento del servicio de los hogares comunitarios, así como también aprobó el Lineamiento Técnico-Administrativo, para los Hogares Comunitarios de Bienestar en todas sus formas (FAMI, Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales) para la atención a niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad.

Procedente de la Junta Directiva del I.C.B.F., regula lo referente a las competencias, organización y operación de los Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI - Familia, Mujer e infancia, así como la financiación, la ejecución y administración del programa de Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI, el cual se ejecutará de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo 021 del 23 de abril de 1996 antes mencionado.

Como aspecto de interés para el presente estudio, establece entre las causales de cierre definitivo, en el numeral h) del artículo tercero: “Abandono temporal o descuido verificado de la Madre Comunitaria en la atención al grupo de niños, o encargo de la misma a un menor de edad”. Sin embargo, cabe revelar que en caso de necesidad la Madre Comunitaria puede ausentarse con autorización de la Junta Directiva de la Asociación de Padres de Familia, con el visto bueno del Supervisor del Contrato de Aporte. Con todo lo antes mencionado, desde la Constitución de 1991, fundamentalmente, en el artículo 44, se estableció que la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos correspondía tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado, función esta que se fortaleció con las leyes que reglamentan este precepto y los reglamentos que en virtud del mismo objeto se han expedido; esto significa que la responsabilidad frente a los menores, por expreso mandato constitucional, debe ser compartida entre el Estado, quien atiende dicha obligación a través del ICBF; la familia, especialmente a los padres y la comunidad, a través de las asociaciones integradas con esa finalidad, y las demás entidades públicas y privadas a quienes se asigne o asuman obligaciones relacionadas con la protección de los menores.

El Estado Colombiano armonizó su legislación a los postulados internacionales en la materia. Sobre el principio de interés superior de los niños, el artículo 8° del Código de Infancia y Adolescencia señala que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. Esta disposición es similar a la contenida en el derogado Código del Menor (Decreto 2737 de 1989), que en su artículo 20 disponía que “las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan

responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”.

CAPITULO II. EL ESTADO COLOMBIANO Y RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS HOGARES COMUNITARIOS

2.1 Antecedentes de los hogares comunitarios en Colombia a la luz de la normativa vigente.

Con el objetivo de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, se promulgo la Ley 75 de 1968 por la cual se creó el ICBF, como un establecimiento público, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cuyo fin es el de “proveer a la protección del menor y, en general al mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas”. Entre las funciones asignadas al instituto en dicha ley se destaca la de “Fundar, dirigir y administrar en distintas partes del territorio Nacional centros pilotos de bienestar familiar y protección de los menores, con el objeto de investigar la mejor manera de coordinar la acción de los establecimientos públicos y privados en lo tocante a la salud, educación y rehabilitación de los menores, la vinculación de los grupos comunitarios a la protección de la familia y del niño y el ejercicio de la acción tutelar del Estado sobre los menores (...)”.

En relación con la protección de la infancia y la adolescencia la constitución política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales los cuales han sido organizados y nombrados en varias sentencias, estos son; el principio de protección constitucional contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior.

Así mismo, el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia determina los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlo y protegerlo, para garantizarle su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales son en gran parte los objetivos fundamentales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuyo cumplimiento, han expedido numerosas leyes , a través de las cuales se ha obtenido asignación de recursos

y autorización para la creación de otras dependencias que bajo su control y vigilancia desarrollan dichos objetivos, como es el caso de los hogares comunitarios.

En el año 1974, se crearon los centros de atención integral al pre-escolar, con la Ley 27 de 1974, para los hijos menores de 7 años de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales y privados, programas que la entidad, por virtud de la misma ley, debió hacer extensivos a los niños menores de 7 años hijos de trabajadores independientes y de padres que se encontraran en estado de desempleo; se resalta. En estos modelos pedagógicos, el ICBF prestaba atención especializada total y directa al niño, con una limitada intervención de la familia y la comunidad.

Ahora bien, en aplicación de la Ley 7ª de 1979 y de su Decreto Reglamentario 2388 de ese mismo año, reorganizó el sistema de bienestar familiar como un servicio público a cargo del Estado e implementó un modelo diferente, en el que fueron involucradas la familia y la comunidad, con el fin de aprovechar los espacios colectivos para impulsar la socialización de los niños, más allá de la simple instrucción, procurando que el niño no perdiera el apego a su entorno y que los padres asumieran sus obligaciones.

El Decreto 2388 de 1.979, en su artículo 62 estipula: “Todo hogar infantil para la atención integral al preescolar cualquiera sea su naturaleza jurídica u organización, se rige por las normas técnicas y administrativas expedidas por el ICBF”, es decir que cualquier hogar infantil o jardín que preste servicios dirigidos a la primera infancia será supervisados, regulados y custodiados por el ICBF.

En relación con los funcionarios de los hogares, en el artículo 63 del Decreto 2388 de 1.979 dispuso que; “quienes presten sus servicios en los hogares infantiles, cualquiera sea su modalidad, deben reunir los requisitos físicos, mentales y morales adecuados, definidos por el instituto Colombiano de Bienestar Familiar con tal fin”, es por esto que en las décadas siguientes se fue fortaleciendo la conciencia sobre la importancia de la protección de los niños, de la garantía plena de sus derechos y de la participación familiar y comunitaria en la educación y desarrollo infantil.

En el año de 1988, gracias a la Ley 89 del mismo año se establece parámetros para las áreas de intervención, acciones y estrategias dentro de las que se destacan, la complementación alimentaria, vigilancia del estado nutricional, de salud, desarrollo psicosocial, capacitación para los agentes educativos comunitarios y la supervisión y evaluación entre otros

En virtud de la normativa antes mencionada, la junta directiva del I.C.B.F, mediante acuerdo No. 21 del 23 de abril de 1.996, fijo lineamientos técnicos y administrativos de los hogares comunitarios, en este acuerdo se hace referencia a los aspectos generales del funcionamiento del programa y su financiación por parte del Estado y además se detallan todos los aspectos a tener en cuenta para la implementación de un hogar comunitario, aspecto sobre el cual, el instituto conserva su deber de supervisión y vigilancia, adicionalmente está facultado para ordenar su cierre, tal como lo contempla el Acuerdo 50 de 1996.

Mediante Decreto Ejecutivo N° 29898-S de 1 de octubre del 2001 se oficializó la Norma para la Habilitación de Hogares Comunitarios. Con la necesidad de mejorar la

calidad de atención en los servicios de salud y la redefinición de las funciones del Ministerio de Salud como ente rector del sector de salud, y las funciones del Consejo de Atención Integral, órgano adscrito al Ministerio de Salud, han generado acciones para normalizar las condiciones de operación de los establecimientos que actúan o prestan servicios, directa o indirectamente, en materias ligadas con la salud y el bienestar de las personas.

Así mismo, mediante la Resolución 776 de 2011, se actualizó la operación y funcionamiento del servicio de los hogares comunitarios, así como también se aprobó el lineamiento técnico-administrativo, para los hogares comunitarios de bienestar en todas sus formas (FAMI, Familiares, Grupales, Múltiples, Múltiples Empresariales y Jardines Sociales), los cuales prestan sus servicios para la atención de niños y niñas hasta los cinco (5) años de edad.

Igualmente, desde la Constitución de 1991, fundamentalmente, en el artículo 44, se estableció que la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos correspondía tanto a la familia, como a la sociedad y al Estado, función que se fortaleció con las leyes que reglamentan este precepto y los reglamentos que en virtud del mismo objeto se han expedido; esto significa que la responsabilidad frente a los menores, por expreso mandato constitucional, debe ser compartida entre el Estado, quien atiende dicha obligación a través del ICBF, la familia, especialmente a los padres y la comunidad, a través de las asociaciones integradas con esa finalidad, y las demás entidades públicas y privadas a quienes se asigne o asuman obligaciones relacionadas con la protección de los menores.

Finalmente, el Estado Colombiano armonizó su legislación a los postulados internacionales en la materia sobre el principio de interés superior de los niños, el artículo 8° del Código de infancia y adolescencia señala que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”, es decir que las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.

2.2 Alcance del concepto primera infancia en Colombia

Conceptualmente el niño desde sus primeros años, sin importar las distinciones de edad, género, raza, etnia o estrato social, es definido como ser social activo y sujeto pleno de derechos, es concebido como ser único, con una especificidad personal activa, biológica, psíquica, social y cultural en expansión.

El niño al ser reconocido como un ser en permanente evolución, posee una identidad específica que debe ser valorada y respetada como parte esencial de su desarrollo psíquico cultural, por lo que debe aceptarse la incidencia de factores como el aporte ambiental, nutricional y de la salud, como fundamentos biológicos, y los contextos de socialización (familia, instituciones, comunidad) como fundamentos sociales y culturales esenciales para su desarrollo.

Es así como la primera infancia es considerada como la etapa del ciclo vital que comprende el desarrollo de los niños y de las niñas, desde su gestación hasta los 6 años de vida, es una etapa crucial para el desarrollo pleno del ser humano en todos sus aspectos;

social, cultural, psicológico y biológico, además de ser una etapa decisiva para la estructuración de la personalidad, la inteligencia y el comportamiento social.

Por lo anterior, todo lo que se pueda hacer, en esas edades, tendrá un valor fundamental para el desarrollo futuro del niño, el tiempo que se pierda en este campo será muy difícil de recuperar, ya que los primeros años de vida son definitivos para el desarrollo emocional.

Es válido afirmar que las relaciones que el niño establece con sus padres, y otros adultos que se encarguen de su crianza, influyen en la participación del niño en cualquier grupo social y en cualquier forma institucional de atención educativa.

Así mismo, es preciso establecer que el concepto de primera infancia está directamente relacionado con la familia como eje fundamental ya que la Constitución Política y la tradición social consideran a la familia como la unidad básica de la sociedad. El Estado y la sociedad han delegado en ella la responsabilidad de satisfacer los derechos básicos de los individuos, existiendo una corresponsabilidad en la garantía de tales derechos y, en esa medida, se supone que hay entre ellos relaciones complementarias de cooperación.

Es preciso resaltar, que la familia es el contexto más propicio para generar vínculos significativos, favorecer la socialización y estimular el desarrollo humano.

La relación entre la familia, sociedad y Estado, son el centro de la dinámica social de forma complementaria, visualizándolo desde el punto histórico, social, económico, laboral, ético, religioso, psicológico, educativo y cultural, se ha ido modificando, en cuanto aparecen múltiples instancias mediadoras como la escuela, programas de bienestar

social, instituciones culturales, recreativas y de salud, que en alguna medida ha debilitado la institución familiar la coloca en una situación de indefensión ya que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia y generar condiciones para garantizar sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales.

En este sentido, la protección de la primera infancia exige el cumplimiento de dicha obligación por parte del Estado, que debe proveer las condiciones materiales, jurídicas, legales y la modificación de las relaciones entre las instituciones mediadoras y la familia, dado que es ella el escenario relacional donde se construye el niño como sujeto.

La problemática que afecta a la primera infancia tiene relación directa con su núcleo familiar, medio social, político y económico. Sus soluciones requieren de la intervención del Estado el cual debe regular el impacto que la sociedad ejerce sobre la primera infancia.

2.3 Entidades públicas responsables de garantizar los derechos de las personas incluidas en los programas de primera infancia.

La Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia, establece en su artículo 29 el derecho de los niños y niñas en primera infancia, al desarrollo integral, definiendo como derechos impostergables: la salud, la nutrición, la educación inicial, la protección contra los peligros físicos y la garantía del registro civil en el primer mes de nacido, con esta perspectiva, Colombia viene trabajando en la implementación de políticas públicas de atención integral a la primera infancia, en la coordinación de los esfuerzos y el establecimiento de alianzas con las diversas instituciones públicas y privadas que están

involucradas con este tema, y que contribuyen a dar respuesta a las necesidades de los niños y niñas, sus familias y sus comunidades.

Las siguientes son algunas entidades responsables de garantizar los derechos de los niños y niñas incluidos en programas de primera infancia:

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, es un ente rector y coordinador de las políticas de primera infancia, el cual facilita el trabajo intersectorial e interinstitucional. Adicionalmente se encarga de definir, en coordinación con el Departamento Nacional de Planeación, el sistema de monitoreo y evaluación a las políticas de primera infancia.

Ministerio de Protección Social; esta encargado de definir las estrategias para garantizar el derecho a la supervivencia y protección de la primera infancia.

Ministerio de Educación Nacional, se encuentra encargado de definir las estrategias para garantizar el derecho a la educación inicial.

Registraduría del Estado Civil, su función es definir estrategias para garantizar el registro civil de todos los niños en los primeros 6 años de vida.

Así mismo, y para el tema que nos ocupa, el ICBF cuenta con la modalidad de centros de atención integrales tales como:

Centros De Desarrollo Infantil – CDI ; es un espacio institucional especializado que garantiza una atención, a través de la prestación de un servicio de educación inicial,

cuidado calificado, donde se ofrecen los componentes de atención: familia, salud y nutrición, pedagógico, talento humano, ambientes educativos y protectores, administración y gestión; en donde se adelantan acciones y gestiones para garantizar los derechos de salud, protección y la participación de los niños y las niñas. Están concebidos como un servicio complementario a las acciones de las familias y la comunidad y se presta de forma gratuita durante 220 días al año en jornadas completas de 8 horas.

Hogares Infantiles – HI - Fueron creados en 1974 bajo el nombre de Centros de Atención Integral al Preescolar (CAIP). La Ley 7 de 1979 estableció recursos para su financiamiento con el objetivo de atender a niños y niñas desde los 6 meses hasta los 4 años y 11 meses, hijos de padres y madres trabajadores.

Busca garantizar una atención integral de calidad, durante 210 días hábiles del año, en jornada completa (8 horas diarias). Esta modalidad se desarrolla en Infraestructuras del ICBF, de la entidad territorial o del prestador del servicio.

Hogares Lactantes Y Preescolares – HLP - Esta modalidad surgió de manera independiente como un servicio operado por organizaciones privadas para atender a niños y niñas vulnerables que no podían ser cuidados en sus familias por diversas razones, incluida la inserción de los padres o cuidadores al mercado laboral. Con el tiempo comenzaron a recibir aportes parciales del ICBF hasta convertirse en una modalidad de atención del Instituto.

Es un escenario que busca garantizar una atención integral de calidad, durante 210 días hábiles del año a través de los diferentes componentes de atención: familia, salud y

nutrición, pedagógico, talento humano, ambientes educativos y protectores, administración y gestión. Esta modalidad se desarrolla en infraestructuras del ICBF, de la Entidad Territorial o del prestador del servicio, en jornada completa (8 horas diarias).

Hogares Comunitarios De Bienestar - Hogares Múltiples - Esta modalidad agrupa hasta 12 Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB), la atención se brinda en espacios para la primera infancia, de acuerdo con la capacidad instalada de la infraestructura. El servicio se presta 200 días al año, en jornadas de 8 horas diarias.

Funciona a través de alianzas con Alcaldías, Cajas de Compensación Familiar y otras instituciones que fortalecen el componente pedagógico, desarrollo físico, protección y cuidado.

El presupuesto para la operación de la modalidad está conformado por el aporte del ICBF, el ingreso por concepto de recaudo de cuotas de participación que pagan las familias beneficiarias y aportes de cofinanciación de otros entes.

Hogar Comunitario De Bienestar - Jardín Social - La atención se brinda 200 días al año, en infraestructuras diseñadas especialmente para primera infancia, con capacidad para atender 300 niños y niñas, en jornadas de 8 horas diarias, operan en alianza con socios estratégicos (Cajas de compensación u operadores de amplia experiencia en el trabajo con primera infancia).

Hogares Comunitarios De Bienestar- Hogar Empresarial - En esta modalidad se brinda atención a los niños y niñas, en un sitio adecuado por la empresa para los hijos de

los trabajadores de más bajos ingresos, prestan sus servicios 200 días al año, en jornadas ajustadas a los horarios de trabajo de los padres, con el apoyo y cofinanciación de las empresas donde éstos laboran.

Cuentan con agentes educativos cualificadas y equipo interdisciplinario aportado por la empresa.

El presupuesto para la operación de la modalidad está conformado por el aporte del ICBF, el ingreso por concepto de recaudo de cuotas de participación que pagan las familias beneficiarias y aportes de cofinanciación de otros entes.

2.4 Jurisprudencia Nacional relativa a la protección de menores que se encuentran bajo cuidado y protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF u Hogares Comunitarios vinculados a dicho Instituto en Colombia.

Como ya se había informado en el capítulo anterior, la prestación del servicio público de Bienestar Familiar, se le confirió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF a través de la Ley 7 de 1979, en la cual se declaró el sistema de bienestar familiar, como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la

vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Además, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de bienestar familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con competencia nacional y autonomía jurídica y financiera.

En sentencia 20324 (Consejo de Estado, 2011), se reconoció la calidad de los principios y garantías constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en Colombia, exaltando a rango constitucional los servicios que presta el ICBF, así:

En relación con la protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales que se traducen en los siguientes postulados: i) el principio de protección constitucional reforzada contenido en el inciso tercero del artículo 13 superior; ii) el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de 148 los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.); iii) la protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión (artículo 44 C.P.); iii) el deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y iv) la titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Corresponde entonces al ICBF, en representación de la organización estatal, velar por la protección y materialización efectiva del catálogo axiológico y

programático antes señalado, para cuyo propósito se le han entregado a ese establecimiento público múltiples herramientas contenidas en el Código del Menor –normativa vigente para el momento de los hechos que se juzgan en este proceso– y actualmente en el Código de la Infancia y la Adolescencia encaminadas a la satisfacción plena de las garantías esenciales de los niños y niñas de Colombia.

Precisamente por lo anterior, el Código del Menor establecía varias medidas de protección e instrumentos de salvaguardia para retrotraer los efectos de una conducta lesiva de los derechos de los niños y niñas y de los adolescentes o para hacer cesar la amenaza que pudiese pender respecto de los mismos”.

El Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos ha reconocido de manera expresa la responsabilidad del ICBF, dentro del marco de la responsabilidad extracontractual estatal, por vía de acción de pretensión de reparación directa, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF o algún Hogar Comunitario vinculado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Señalando que la responsabilidad patrimonial del Estado no solo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.

Lo anterior indica que el régimen de responsabilidad atribuible al ICBF es aún más preciso con ocasión al contenido constitucional de su servicio siendo la prestación del servicio de resultado y no de medio, pues no solo basta con tomar las medidas para que funcione si no que se requiere que el servicio realmente funcione.

Frente a la Responsabilidad Extracontractual del Estado mediante la acción de reparación directa derivada de los daños causados a menores a cargo del ICBF y sus hogares comunitarios, en la sentencia 23643 (Consejo de Estado,1998) se reconoció de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado, la citada corporación expresó:

En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana. “Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar, controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos también determinados por el I.C.B.F. (...)” (subrayas fuera del texto).

El régimen de Responsabilidad Extracontractual tiene origen en la consecuencia de los actos y hechos que produzcan un daño, y cuya concurrencia sea independiente de un contrato o convención que haya surgido de la voluntad de quienes están involucrados directamente en lo ocurrido.

En materia administrativa debe verificarse el título especial de imputación del daño, puesto que la administración, debido a las funciones y actividades que despliega, puede afectar a los particulares o a otras entidades públicas en diferentes formas las cuales son; Daño Especial, Falla en el servicio, Riesgo Excepcional, etc.

A continuación, se mencionarán algunas sentencias del Consejo de Estado, donde se ha pronunciado frente a la responsabilidad de los Hogares comunitarios vinculados al ICBF, condenando al Estado y argumentando que el ICBF tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se ocasioné la afectación a la vida e integridad de los menores;

La sentencia 29533 hace referencia a una acción de reparación directa interpuesta por la señora Elda Martínez, quien actúa en su propio nombre y en representación de su hijo menor Hoover Stiven Ochoa Martínez; Fabián Sandoval Barbosa, José Eusebio Sandoval Buitrago e Idaly Martínez, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que se lo declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios sufridos como consecuencia de la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez, en hechos ocurridos el 26 de julio de 1999, en un hogar comunitario de la ciudad de Bogotá D.C. (Consejo de Estado, 2013).

Del dictamen de medicina legal se desprende que la madre comunitaria a cuyo cuidado se encontraba la menor mintió inicialmente frente a la muerte ya que la causa real fue una fractura de cráneo, causada por un golpe severo y además como en esas circunstancias se le dio un tetero al bebe y esta bronco aspiro agravando la situación.

En la sentencia 27913; se condenó al ICBF por el fallecimiento de una menor por intoxicación exógena ya que en el hogar comunitario del ICBF había sustancias químicas destinadas para fumigar y repeler la presencia de insectos. (Consejo de Estado, 2011).

Señalo el Consejo de Estado que se produjo una falla en la prestación del servicio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estando en la obligación de adoptar

todo tipo de medidas de cuidado y de seguridad necesarias para preservar la integridad de los niños usuarios.

En Sentencia 23643 el Consejo de Estado, se refiere al accidente ocurrido en una vivienda donde funcionaba el hogar comunitario que tenía un corredor sin pasamanos o protección que daba a un abismo peligroso sobre la quebrada La Iguana y por tanto no ofrecía la seguridad necesaria para cuidar los niños, sin embargo, el ICBF no verificó que se hicieran las mejoras necesarias en la casa para adecuarla. Conclusión a la que llego como resultado de los hechos acaecidos 15 de agosto de 1995, cuando varios niños se encontraban jugando en el Hogar Comunitario al cual pertenecían, rodaron a un abismo produciendo la muerte de uno de ellos quien murió ahogado en una quebrada donde terminaba el abismo. (Consejo de Estado, 2011).

Se probó que la señora madre comunitaria incumplió con su obligación de cuidar el niño fallecido, quien al momento de su muerte tenía tres años y nueve meses, no tenía la capacidad de discernir sobre los peligros o de auto determinar su conducta, estando bajo su supervisión y protección.

En esta sentencia 36.912, el Consejo de Estado declaro culpable y condeno al ICBF por el daño antijurídico causado por la muerte de un niño usuario del programa de hogar Comunitario de Bienestar, rechazando de manera desfavorable el argumento de defensa relacionado con la autonomía financiera, operacional y administrativa de los hogares comunitarios, pues la negligencia en la prestación del servicio público genero un accidente por ahogamiento al llevarse un objeto a la boca, lo que le produjo como diagnóstico clínico definitivo una “encefalopatía hipoxia isquémica con daño cerebral difuso.”. Citó el fallo, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de

Invalidez de Antioquia, donde se estableció el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral así: “Calificación %; Deficiencia: 50,00, Discapacidad: 16,50, Minusvalía: 28,00, % Total: 94,50”. (Consejo de Estado, 2011).

De las anteriores sentencias se puede concluir siempre que se presenten daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado o protección de los hogares comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables para los casos anteriormente citados, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada ICBF, esta compelida a reparar los daños antijurídicos padecidos por los demandantes.

Así mismo se logra evidenciar la carencia de vigilancia y control por parte del ICBF, frente a los hogares comunitarios adscritos a esta entidad, ya que la implementación de políticas institucionales para prever el daño antijurídico causado a estos menores, es precaria, también se logra percibir la conducta omisiva por parte de las madres comunitarias quienes se suponen que deben actuar en calidad de garantes de los menores que se encuentran a su cargo.

CAPITULO III. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS MENORES QUE SE ENCUENTRAN BAJO CUIDADO Y PROTECCIÓN DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF U HOGARES COMUNITARIOS VINCULADOS A DICHO INSTITUTO EN COLOMBIA.

3.1 Régimen de Responsabilidad del Estado con ocasión a la operancia de hogares comunitarios vinculados al ICBF en Colombia

La responsabilidad es la capacidad y obligación de todo sujeto de reconocer las consecuencias de sus actos y de los hechos que él domina o está obligado a prever; toda responsabilidad es diferente por las consecuencias derivadas de los actos y hechos humanos: Si atenta contra un bien jurídico tutelado de máxima importancia, la responsabilidad será de naturaleza penal y al autor del acto se le impondrá la sanción contemplada en la norma penal; si atenta el patrimonio de forma leve o media, la responsabilidad será de naturaleza civil; si el hecho o acto es ejecutado por una autoridad administrativa o en ejercicio de una función pública, la responsabilidad será de naturaleza administrativa.

La responsabilidad se delimita en dos: La responsabilidad contractual, derivada de los contratos como fuentes de las obligaciones, y la responsabilidad extra-contractual, que tiene fuente en otras fuentes de las obligaciones y cuya responsabilidad no deriva de la voluntad de las partes involucradas en el hecho o acto. Por tanto, es en la teoría de la responsabilidad extracontractual la que entraremos a analizar conforme al tema objeto de la presente investigación. (GONZÁLEZ, 2013, Pág. 3).

El régimen de Responsabilidad Extracontractual tiene origen en la consecuencia de los actos y hechos que produzcan un daño, y cuya concurrencia sea independiente de un contrato o convención que haya surgido de la voluntad de quienes están involucrados directamente en lo ocurrido.

Tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad extracontractual deriva de la regla *Alterum non laedere* (no dañes a nadie), atribuida a Ulpiano como máxima moral. No obstante, en el derecho romano no se observaba la intencionalidad del autor, sino únicamente el daño causado. (Corte Suprema de Justicia, 2016, Pág. 23)

No obstante, con la evolución de la legislación a través de las codificaciones, se impuso el concepto de la responsabilidad civil con derecho a reparación, siempre que se lesionara injustamente un bien tutelado por el ordenamiento jurídico. Es decir, surge el análisis de las circunstancias que rodean a los hechos y que dan origen al daño, a la par que la naturaleza de éste último y la intencionalidad de quien lo ocasiona (Corte Suprema de Justicia, 2016, Pág. 26)

En materia administrativa debe verificarse el título especial de imputación del daño, puesto que la administración, debido a las funciones y actividades que despliega, puede afectar a los particulares o a otras entidades públicas en diferentes formas: Daño Especial, Falla en el servicio, Riesgo Excepcional, etc.

Ahora bien, el Estado es el obligado a cumplir la protección de los menores a través del ICBF, aunque bien puede atender su prestación a través de las personas privadas constituidas con el fin de brindar protección a los niños.

Considerar que la responsabilidad frente a los daños y perjuicios que sufran los menores que son asistidos en los hogares infantiles o en los hogares comunitarios le corresponde únicamente a los miembros de la comunidad que se han organizado para brindarles atención, implica someter a los niños y a sus familias a una situación de mayor vulnerabilidad.

Es por eso que entre el Estado y la entidad privada que se encargue del cuidado de los menores se generan obligaciones solidarias por los daños y perjuicios que puedan causarse a éstos, obligación que no se desvirtúa por el hecho de que entre la entidad estatal y los empleados de las organizaciones comunitarias no se genere un vínculo laboral, en tanto se trata de obligaciones de origen y naturaleza muy diferentes.

Al realizar el análisis de algunas sentencias proferidas por el Consejo de Estado, la corporación ha declarado la responsabilidad del ICBF por daños sufridos por los menores en hogares comunitarios, por considerar que:

“(…) los hogares comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del ICBF y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana. Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar,

controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos también determinados por el ICBF. (...). (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, Exp. 11130)

La responsabilidad del Estado a través de las diversas vertientes, tipologías o regímenes han tenido sustento en el daño que se causa a una persona por el abandono Estatal sustentado en la mala prestación de un servicio que está en cabeza de una entidad de la administración, falla del servicio, o que bajo el principio de igualdad frente a las cargas públicas, el ciudadano soporte una lesión abiertamente contraria a la norma la cual no está en el deber jurídico de soportar, daño especial, regímenes de responsabilidad del Estado que en el caso concreto frente a la obligación jurídica, deberes y atribuciones dados por la constitución, la ley y los reglamentos es posible endilgarle al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, cuando los niños y niñas resultan lesionados en los hogares agrupados que realizan la función pública encomendada a tal institución del Estado.

Para concluir del análisis de la responsabilidad del Estado frente a los menores que se encuentran bajo el cuidado de hogares adscritos al ICBF, se logra establecer el alto impacto que tienen las condenas a través del medio de control de reparación directa que se han proferido en contra de la entidad no solo de manera patrimonial si no al exigir que exista un compromiso real institucional y se cumplan las funciones de control y vigilancia frente a estos hogares adscritos.

Es necesario que la entidad identifique la fuente de riesgos, su posible prevención y las posteriores contingencias en caso de su acontecimiento. Es evidente la falta de capacitación de las madres de los hogares infantiles comunitarios, también las autorizaciones desmedidas por parte del ICBF para el funcionamiento de los hogares infantiles y comunitarios en instalaciones que carecen con los mínimos requisitos de seguridad siendo un riesgo indiscutible para la vida e integridad personal de los niños y niñas que están en protección o atención de la entidad.

3.2 Obligaciones de los hogares comunitarios vinculados al ICBF frente a los menores que se encuentran bajo cuidado y Responsabilidad de los hogares comunitarios.

En el año 1986, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) aprobó el proyecto Hogares Comunitarios de Bienestar (HCB), como una estrategia para cubrir la atención a la población infantil más pobre de zonas urbanas y núcleos rurales del país, los Hogares Comunitarios ofrecen atención integral a las niñas y los niños menores de cinco (5) años pertenecientes a familias clasificadas de acuerdo con los criterios definidos por el ICBF,

La atención está a cargo de un agente educativo comunitario en su domicilio, quien cuenta con el apoyo de un equipo interdisciplinario compuesto por un Coordinador General, Coordinador Técnico, profesional en administración, profesional psicosocial, profesional en salud y nutrición, auxiliar-tallerista y pedagogo, en total cada Hogar atiende entre doce (12) y (14) niñas y niños.

A pesar de que se ha querido mostrar a los hogares comunitarios como un ente particular, argumentando que tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el logo del ICBF.

Las obligaciones de los hogares comunitarios se encuentran descritas en el contratado de aportes, la ley autoriza celebrar al ICBF este tipo contrato, "... entendiéndose por tal, cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar...". Contrato que, conforme a lo establecido en el artículo 2.4.3.2.5 del Decreto 1084 de 2015, tiene una naturaleza eminentemente administrativa. Así mismo, el artículo 2.4.3.2.8 ibídem consagra que tales contratos deben ceñirse en su celebración, desarrollo, cumplimiento e interpretación, a la naturaleza y a las modalidades del servicio de bienestar familiar.

Las asociaciones de padres que administran tales hogares, aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del Instituto. Ellos contribuyen con la entidad pública en forma mancomunada en la prestación del servicio público.

Por lo tanto, es deber de estos administradores cumplir con todos los requisitos que exige la ley, requisitos referentes a salubridad y seguridad, exigencias mínimas, ya que estos también adquieren la posición de garante en tanto es garante de la vida e integridad de los niños y niñas que se encuentren a su cargo.

Debe existir una mayor exigencia por parte del ICBF frente a estos ya que existe un permanente incumplimiento por parte de los Hogares comunitarios a las cláusulas contractuales del contrato de aportes, en especial las del cuidado personal de los menores y la capacitación e idoneidad de las madres comunitarias.

Es importante aclarar que estos hogares no son de ninguna manera una forma de administración delegada, sino un mecanismo de participación ciudadana en la ejecución de una función que le corresponde al Estado. El ente público permite que los particulares coejecuten con él una obligación pública que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que el ICBF les trace. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar como una entidad independiente.

Conforme lo establecen las normas que regulan el funcionamiento del ICBF y aun lo referente a los deberes de los hogares comunitarios, bajo la supervisión del mismo, es claro que con fundamento en la ley 1437 de 2011 , en sede de reparación directa, inciso 2 del artículo 140, un daño no solo puede ser imputable a una entidad pública sino a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma, tal como ocurre con los hogares comunitarios, esto funda la responsabilidad de los hogares comunitarios sin perjuicio de la amplia jurisprudencia depurada por el Consejo de Estado en que se resalta que no obstante tales hogares comunitario son particulares, por lo tanto gozan de autonomía y personería jurídica propia, pero a pesar de eso los daños que estos ocasionan a los niños, niñas bajo su custodia por virtud del contrato de aportes, es imputable al ICBF, pues es a este quien está obligado por virtud de la ley a ejercer la

función estatal de promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas.

CONCLUSIONES

La responsabilidad del Estado a través de las diversas vertientes, tipologías o regímenes han tenido sustento en el daño que causa a una persona por la incuria estatal sustentada en la mala prestación de un servicio que está en cabeza de una entidad de la administración, falla del servicio, o que bajo el principio de igualdad frente a las cargas públicas, el ciudadano soporte una lesión abiertamente contraria a la norma la cual no está en el deber jurídico de soportar, daño especial, regímenes de responsabilidad del Estado que en el caso concreto frente a la obligación jurídica, deberes y atribuciones dados por la constitución, la ley y los reglamentos es posible endilgarle al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, cuando los niños y las niñas resultan lesionados en los hogares agrupados que realizan la función pública encomendada a tal institución del Estado.

Conforme lo establecen las normas que regulan el funcionamiento del ICBF y aún lo referente a los deberes de los hogares comunitarios, bajo la supervisión del mismo, es claro que con fundamento en la Ley y si se quiere desde el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en sede de reparación directa, inciso 2 del artículo 140, un daño no solo puede ser imputable a una entidad pública sino a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma, tal como ocurre en los hogares comunitarios, precepto este que funda la responsabilidad de los citados hogares sin perjuicio de la amplia jurisprudencia decantada por el Consejo de Estado en que se resalta que no obstante tales hogares comunitario ser particulares, gozar de autonomía y personería jurídica propia los daños que estas ocasionan a los niños y niñas bajo su custodia por virtud del contrato de aportes, es imputable al ICBF, pues es a este quien está llamado por virtud de la ley a ejercer la

función estatal de promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas, sin menoscabo de que el establecimiento público que en esos centros de atención se presta a la niñez.

Como es usual los títulos de responsabilidad que retoman importancia frente a los daños causados a los niños bajo el cuidado y protección de los hogares comunitarios cuya vigilancia y control compete al ICBF, es el de la falla del servicio, tipología esta que es la predominante en la jurisprudencia administrativa con ocasión del retardo, irregularidad u omisión de las, madres comunitarias; es importante resaltar que aun no siendo una posición predominante en la jurisprudencia contenciosa, dado el carácter de sujetos de especial protección de carácter constitucional conferida a los niños de Colombia, puede también endilgarse responsabilidad del Estado a título de daño especial.

REFERENCIAS

Colombia, Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 44. Julio 7 de 1991.

Colombia, Congreso Nacional de la República. (1968, 30 de Diciembre) Ley 75 de 1968. Por la cual se dictan normas sobre “filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”, Diario Oficial 02 de Febrero 1.969, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República. (1.974, 20 de Diciembre) “Ley 27 de 1974 Por la cual se dictan normas sobre “por la cual se dictan normas sobre la creación y sostenimiento de Centros de atención integral al Pre-escolar, para los hijos de empleados y trabajadores de los sectores públicos y privados”., Diario Oficial 28 de Enero 1978, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República. (2.010, 08 de Noviembre) “Ley 1098 de 2006. por la cual se expide el “código de infancia y adolescencia”, Diario Oficial 09 de noviembre 2.010, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República. (2.015, 26 de Mayo), “Decreto número 1084 de 2015 Por medio del cual se expide el “Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación”, Diario Oficial 26 de Mayo 2.015, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República. (2.001, 01 de octubre), “Decreto Ejecutivo N° 29898-S de 1 de octubre del 2001 se oficializó la Norma para la Habilitación de Hogares Comunitarios.”, Diario Oficial 29 de octubre 2.001, Bogotá

Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (1.996, 22 de Agosto), “Acuerdo No. 039 Del 22 De Agosto De 1.996, Por El Cual Se Dictan Lineamientos Y Procedimientos Técnicos Y Administrativos Para La Organización Y Funcionamiento De Los Hogares Comunitarios De Bienestar Familiar.”, Bogotá.

Colombia, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (1.996, 14 de Noviembre), “Acuerdo No. 050 del 14 de noviembre de 1.996, Por el cual se dictan lineamientos para el cierre y reubicación de Hogares Comunitarios de Bienestar.”, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2006, febrero), “Sentencia T-1226”, M. P. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2014, enero), “Sentencia T-044/14”, M. P. Vargas Silva, L. E. Calle Correa. M. V. González Cuervo, M. Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2016, noviembre), “Sentencia SC13925-2016”, M. P. Ariel Salazar Ramírez. Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2012, agosto), “Sentencia 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533)”, M.P., Andrade Rincón, H., Fajardo Gómez, M., Zambrano Barrera, C. A, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2011, febrero), “Sentencia 20324”, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2011, mayo), “Sentencia 36.912”, C. P. Enrique Gil Botero, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2012, febrero), “Sentencia 27913”, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz , Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2012, julio), “Sentencia 23643”, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, Bogotá.

Colombia, Consejo de Estado (2012, agosto), “Sentencia 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533)”, C.P. Mauricio Fajardo Gómez , Bogotá.

Colombia, Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca (2012, agosto), “Sentencia Exp 19001233300220120015000)”, M.P. Muñoz Muñoz D. F. Ramírez Fajardo C. H. Popayán, Bogotá.

Betancur, C. (2013) Derecho Procesar Administrativo – Ley 1437 de 2011: Señal Editorial

- Lopez, D. (2016). El derecho de los jueces: Editorial Legis. Segunda Edición.
- Monroy, M. (2009). Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Ediciones del Profesional.
- Pedraza, D. (2008). La Representación Mediática y Perspectiva de Derechos de la Niñez en Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Triana, B. (1998). Derechos y Deberes de los Niños: Editorial San Pablo.
- Martinez, A. (2014). Aproximaciones a la investigación cuantitativa y cualitativa. Valladolid, España: Departamento de informática de la Universidad de Valladolid. Contenido disponible en línea en: https://www.infor.uva.es/~amartine/MASUP/B32/B32_ParadigmasInvestigacion.pdf. Recuperado el 21 de febrero de 2018.
- Muñanez, B. (Sin año determinado). Técnicas y métodos en investigación cualitativa. Bilbao, España: Universidad del País Vasco. Artículo disponible en línea en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/8533/CC-02art8ocr.pdf>. Recuperado el 21 de febrero de 2018.
- Real Academia de la Lengua Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España: Real Academia Española. Vigésimotercera edición. Disponible en línea en: <http://dle.rae.es>. Recuperado el 22 de febrero de 2018.
- García, E. Martínez, S. Córdoba, J. Aljure, A. Correa, R. Acuña, C. Ospina, M. Fonseca, F. (1995). Derecho de Menores Aspectos Civiles – Comerciales – Laborales – Internacionales y Organismos de Protección: Ediciones Rosaristas.
- Gonzalez, R. (2013). Responsabilidad extracontractual y contractual: Barrera entre ambas, en Anuario jurídico y económico escurialense. Madrid, España: Real Centro Universitario Escorial “María Cristina”. No. XLVI. Disponible en línea en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182108.pdf>. Recuperado el 22 de febrero de 2018.

Hernandez, R., et al. (2010). Metodología de la investigación. Ciudad de México D.F., México: McGraw-Hill. Quinta Edición. Disponible en línea en: https://www.esup.edu.pe/descargas/dep_investigacion/Metodologia%20de%20la%20investigacion%205ta%20Edicion.pdf. Recuperado el 22 de febrero de 2018.