

**MENORES DE EDAD EN RELACION ESPECIAL DE SUJECION**

**MARIA DEL PILAR FAJARDO MEDINA**

**YENNSY ASTRID GUATAQUIRA GUZMAN**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2014**

**MENORES DE EDAD EN RELACION ESPECIAL DE SUJECION**

**MARIA DEL PILAR FAJARDO**

**YENNSY ASTRID GUATAQUIRA GUZMAN**

**Asesor Metodológico: Misael Tirado Acero ph. D**

**Sociólogo Jurídico**

**Asesor Teórico: Mg. Ignacio García**

**Magister en Docencia Universitaria**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA**

**FACULTAD DE POSTGRADOS Y FORMACIÓN CONTINUADA**

**ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2014**

**NOTA ACEPTACION**

---

---

**PRESIDENTE DEL JURADO**

---

**JURADO**

---

**JURADO**

---

**Bogotá, 6 de diciembre de 2014**

**A nuestros padres, y su respaldo en nuestro recorrido.**

### **AGRADECIMIENTOS.**

Queremos expresar nuestra profunda e inmensa gratitud a Dios Padre quien nos guió y permitió que se viviera esta experiencia académica para ser mejores profesionales, a aquellas personas que nos acompañaron en nuestro proceso profesional, a nuestros maestros de catedra que nos permitieron captar otra perspectiva del mundo jurídico para ampliar nuestros saberes en materia del postgrado realizado.

## **CESIÓN DE DERECHOS**

MARIA DEL PILAR FAJARDO y YENSY GUATAQUIRA GUZMAN, en caso de acceder, manifestamos que se haría una cesión de tipo patrimonial, por los derechos, originados en la creación de este proyecto de tesis, sin que en ningún momento se haga una cesión de los derechos morales, dados en la creación de esta monografía.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	9
CAPITULO I	
1. RESPONSABILIDAD ESTATAL. TEORÍA Y NORMATIVIDAD .....	11
1.1 Conceptualización del Daño .....	11
1.2 Daño Jurídico: .....	11
1.3 Daño Antijurídico .....	12
1.3.1 Marco Histórico y Derecho Comparado .....	13
1.3.2 Evolución Jurisprudencial en Colombia .....	15
1.4 Normatividad en Colombia .....	16
1.4.1 En materia Civil .....	16
1.4.2 Orden Constitucional .....	17
1.4.3 En el ámbito del Derecho Administrativo .....	17
CAPITULO II	
2. TITULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO .....	23
2.1 Responsabilidad Extracontractual frente al Daño Antijurídico .....	23
2.2 Falla del servicio .....	24
2.2.1 Definición de Falla en el Servicio .....	24
2.3 Clasificación .....	26
2.3.1 Falla Probada .....	28
2.3.2 Falla Presunta .....	30

2.3.3 Falla Anónima .....	31
2.3.4 Falla Relativa.....	32
2.4 Responsabilidad del Estado y Falla del Servicio .....	33
2.5 Causales de Exoneración de la Responsabilidad Extracontractual del Estado desde la Falla en el Servicio.....	36
2.5.1 Culpa Exclusiva de la Víctima.....	37
2.5.2 Culpa de un Tercero.....	38
2.5.3 Caso Fortuito.....	39
2.5.4 Fuerza Mayor .....	40
<b>CAPITULO III</b>	
<b>3.RELACION ESPECIAL DE SUJECION ENTRE MENORES DE EDAD Y EL ICBF34</b>	
3.1. Relación Especial de Sujeción .....	34
3.2. Menores de Edad.....	36
3.3 ICBF Garante del Menor de Edad.....	37
3.4 Análisis Jurisprudencial .....	39
3.4.1. CASO DE MARIA MARGOTH VALLEJO DE SANCHEZ VS. ICBF.....	39
3.4.1.1. Sinopsis Sentencia No. 26470 del 27 de Febrero de 2014.....	39
3.4.1.2 Desarrollo Procesal .....	40
3.4.1.3 Aspectos Considerativos Consejo de Estado- Segunda Instancia.....	41
3.4.2. Caso de Nelsy Janeth Henao Vs. ICBF.....	51
3.4.3. Caso de Campo Elias Cumbalanza Vs. ICBF.....	52
3.4.4. Caso de Yanidis Lucumi Vs. ICBF.....	54
3.4.5. Caso de Jose Carballo Vs. ICBF.....	57
3.4.6. Caso de Elda Martínez Vs. ICBF.....	59
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFIA.....	64

## INTRODUCCIÓN

Colombia es un Estado garante que reconoce e indemniza la existencia del daños antijurídicos (normatividad), ocasionados por la acción u omisión de sus funcionarios dentro de las entidades públicas, por lo que permite inferir una responsabilidad subjetiva, aspecto que en el caso de estudio cobra valor cuando tal afectación, ha sido ocasionada a menores de edad, bajo custodia de los Centros de Atención Juvenil del ICBF, surgiendo la existencia de una relación especial de sujeción y/o menester, de estos frente al Estado.

Teniendo en cuenta la Línea de Investigación “Derecho y Sociedad”, de la Facultad de Derecho de la Universidad Gran Colombia, se tiene como principal objetivo el identificar los presupuestos necesarios en primera instancia, para la existencia de la responsabilidad del Estado y en segunda lugar para ejercer el Medio de Control de Reparación Directa teniendo en cuenta que es una herramienta jurídica para entrar a determinar y hacer indemnizable el daño antijurídico ocasionado a menores de edad, ubicados en correccionales y puestos en relación especial de sujeción ante el Estado.

De lo anterior surge el interrogante *¿Dada la relación especial de sujeción entre el ICBF y los menores de edad, se configura una Responsabilidad del Estado?* Para dar respuesta a ello, se requiere de una serie de elementos de orden conceptual que definen o no la existencia de la responsabilidad del Estado, todo esto desarrollado en el contenido capitular del presente texto así:

En el capítulo primero se desarrolló el daño como concepto base, así como el daño jurídico y el daño antijurídico, de ahí que se hizo necesario referenciar, el marco histórico en derecho comparado y a nivel nacional, finalizando con la referencia normativa como espina dorsal esto desde el ámbito constitucional, civil y administrativo.

Desde el capítulo segundo el estudio se enfocó en los títulos de imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado, definiendo la falla del servicio, y categorizando las fallas descritas a nivel jurisprudencial y teórico, como lo son la Falla Probada, la Falla Presunta, la Falla anónima y la Falla Relativa, así como las causales de exoneración de Responsabilidad, siendo estas la culpa exclusiva de la víctima, culpa de un tercero, la culpa compartida.

En lo referente al capítulo tercero, ya a nivel particular se elaboró un esquema conceptual, que versa sobre las instituciones destacadas dentro del caso de la Señora Margoth Vallejo, el cual sirvió como fundamento jurisprudencial, por tanto los conceptos a destacar son, la relación especial de sujeción, los menores de edad a cargo del ICBF, y su situación de garante al estar a cargo de los Centros de Atención Juvenil, junto con el análisis de la sentencia base y la revisión de casos similares, donde el se demostró y falló en contra de dicha entidad.

Adicionalmente, para encontrarse una respuesta ajustada al planteamiento de la presente investigación, se implementaron estrategias metodológicas, tales como: recaudo de información, asesoría de los docentes de la facultad y por último análisis de la actuación adelantada, de tal suerte que permita inferir, tales presupuestos que indiquen la existencia de una responsabilidad estatal.

## **CAPITULO I**

### **RESPONSABILIDAD ESTATAL. TEORÍA Y NORMATIVIDAD**

#### **1.1 CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO**

Según la Real Academia de la lengua española, encontramos al Daño definido como, el valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados, aunado a lo anterior, de acuerdo a la doctrina contemporánea, ya en materia de daño, al ser susceptible de clasificación, es jurídico cuando el que lo sufre tenía la obligación de soportarlo; y consecuentemente es antijurídico cuando la víctima no tenía la obligación expresa de soportarlo, premisa que determina la configuración del Daño Antijurídico.

De lo anterior, se empieza a inferir donde es permitido soportar el daño como ciudadano por parte del Estado, surgiendo de manera conceptual la clasificación Daño Jurídico y Daño Antijurídico.

#### **1.2 DAÑO JURÍDICO:**

Se puede establecer que el Daño Jurídico es cuando la persona está en la obligación legal de soportarle, donde el Estado está legitimado en su actuar y en consecuencia no se configura la responsabilidad imputable, en ese sentido, se da el caso de las personas que le privan de la libertad en razón a que media una orden judicial impone tal privativa.

Ejemplificando lo anterior, a nivel jurisprudencial por parte del Consejo de Estado en Sentencia de 1994 con el Actor: Hugo A. Rodríguez Joya Y Otros Demandado: La Nación-

Ministerio De Justicia –INPEC en uno de sus pronunciamientos por fallecimiento de un recluso se pronunció indicando:

*En síntesis, la retención como ejercicio legítimo del poder punitivo del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no es una actividad que genere responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a la retención misma, **dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar, daño jurídico y por ende no encuadrable dentro del supuesto general que consagra el artículo 90 de la Carta Política, salvo, claro está, cuando el ejercicio de dicho poder se desborda, v.gr. en los supuestos de retención injusta (arts. 68 ley 270 de 1996, 414 del C.P.P.)**. Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que esa retención es una actividad que redunde en beneficio de la comunidad, el Estado de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.” (Subrayado Fuera de Texto). (Margarita Agudelo y otros Vs. Nación - DAS, 1994, pág. 13)*

### **1.3 Daño Antijurídico**

Conforme a la sentencia antes mencionada, se hace alusión a la “carga” que debe soportar el ciudadano para hacer alusión al *daño jurídico*, aspecto del cual se infiere que en caso que el ciudadano no tenga la obligación de soportarlo se hace alusión a un *daño antijurídico*, ello sujeto a unas condiciones en el sentir de este material fijadas en la Constitución Política en el Artículo 90 que señalo: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, **causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas**”.* (Subrayado Fuera de Texto), aspecto que nos ocupa en la presente investigación, debido a que se entrara a determinar si se da la existencia de una responsabilidad imputable al Estado representado por el INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR- ICBF.

### 1.3.1 MARCO HISTÓRICO Y DERECHO COMPARADO

Para hablar de daño antijurídico en su marco histórico se hace necesario en primer a de la existencia de la responsabilidad de la administración, la cual no surgió de manera inmediata sino tras un proceso evolutivo cuyo génesis versaba en el ejercicio del poder del Estado de manera autoritaria que no asumía la responsabilidad, sino emitía ordenes ejecutada con una discrecionalidad administrativa sin límites, para lo cual existía una incompatibilidad entre los conceptos de soberanía y responsabilidad, *donde* algunos defensores defendían la tesis de “*lo propio de la soberanía era imponerse a todos sin compensación*” (Penagos, 2000, pág. 58), así pues la doctrina se pronunciado frente a este tema de responsabilidad estatal desde una perspectiva civil del derecho comparado manifestando al respecto (Parada, 1992, pág. 90):

*Pero el tránsito desde la responsabilidad del Estado a la generalización de principio de responsabilidad civil de la administración ha seguido vías distintas en unos y otros países y ofrece regulaciones no coincidentes. En unos ha sido la creación de la jurisprudencia, como en Francia, mientras que en otros, como Italia, se ha desarrollado desde los propios preceptos civiles consagra la responsabilidad extracontractual o bien ha necesitado de reglas especiales, como en el caso del derecho inglés y del nuestro propio.*

Siguiendo el hilo histórico del Derecho Comparado, es pertinente resaltar *el derecho francés* que a mediados del siglo XIX surge en el Tribunal de Conflictos el Fallo Blanco del 8 de febrero de 1873 donde afirma la responsabilidad que debe asumir el Estado por los daños causados a los particulares por parte de las personas que emplean en el servicio público aplicando normas establecidas en el Código Civil. (Penagos, 2000, pág. 129)

En el *derecho Italiano*, surge la responsabilidad del Estado por hecho propio o por hecho ajeno, no obstante frente a las actuaciones adelantadas por funcionarios públicos el Estado es el directamente responsable con la teoría que el funcionario es instrumento del órgano (teoría organicista) que para el caso es la Entidad que representa el Estado, aspecto materializado en el Artículo 28 de la Constitución Italiana, donde señala que la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos. (Penagos, 2000, pág. 132)

En el *derecho Ingles* en este ámbito el Estado asume la misma responsabilidad que un individuo particular respondiendo tanto por el actuar de sus funcionarios al igual que el incumplimiento de alguna obligación esto descrito con *Crown Proceeding Act de 1947* (Penagos, 2000, pág. 132) . La responsabilidad que surge en Roma es con la *Responsabilidad Aquilina- Ley Aquilina* la cual puede ser directa o por hecho propio e indirecta por los hechos de personas o cosas sobre las que se tiene un deber de custodia o que se han elegido para que actúen en derecho propio, en cuyo caso se presume la culpa *in vigilando o in eligendo* (Penagos, 2000, pág. 135) , aspecto que entra plantear reglas frente al actuar de los funcionarios.

Al entrar a plasmar cada una de estas perspectivas en Colombia, se puede inferir un avance normativo que plasma la responsabilidad del Estado consagrado en su Artículo 90 de la Constitución Política, en el que se da la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado previa la existencia de un nexo causal entre las circunstancias de tiempo, modo y lugar y el actuar del Estado, no obstante esta tesis tan garante y proteccionista en virtud al resarcimiento de los perjuicios ocasionados al individuo surge después un proceso de interpretativa jurisprudencial que lleva a la existencia de la Responsabilidad del Estado.

### **1.3.2 EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA**

En Colombia, para hablar de la responsabilidad del Estado ocasionado por un Daño antijurídico ocasionado por el Estado a través de sus entidades públicas al igual que sus funcionarios encontrando su génesis radica en la actividad militar tal como se evidencia en sentencia del 7 de diciembre de 1864 en los Estados Unidos de Colombia, en que la Corte Suprema Federal, en el que se indilgo al Estado responsabilidad por la expropiación de una casa de propiedad particular con fines de instalación de un parque de artillería del Ejército Federal, la cual luego fuera destruida por un incendio; aunado a ello en sentencia del 3 de enero de 1865, se ordenó la indemnización a los particulares propietarios de una vivienda que había sido ocupada por miembros de las fuerzas armadas, por espacio de dos meses en tiempos de guerra. (Penagos, 2000, pág. 148)

Bajo la nueva organización de Estado Unitario adoptada en la Constitución de 1886, están las sentencias del 22 de octubre de 1896 y 20 de octubre de 1898. En la primera, se aceptó la responsabilidad civil de la Nación originada en el delito imputable a los funcionarios públicos, cometido en el desempeño del cargo o con pretexto del mismo; en la segunda, se afirmó la responsabilidad civil indirecta de las personas morales en general, esto es, tanto de derecho privado como públicas.

En 1932, como consecuencia de intensas lluvias, el colector produjo inundaciones, las que ocasionaron la destrucción de una cantidad importante de inmuebles y fue ahí cuando un propietario accionó ante la Corte Suprema de Justicia, para demandar el pago de los perjuicios sufridos por culpa de la administración y la Corte, teniendo como magistrado ponente al Dr. Hernan Salamanca, cambió su antigua teoría de la responsabilidad indirecta. refiriendo la Corte Suprema de Justicia en tal oportunidad:

*Esta teoría basada en la culpa in eligiendo y en la in vigilando ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad que le confiere y prescribe (artículos 23347, 23348 y 2349 C.C.), (...)*

*Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios.. (Sentencia de agosto 21, 1939, pág. 50): citado por (Fuentes, 2008).*

## **1.4 NORMATIVIDAD EN COLOMBIA**

### **1.4.1 EN MATERIA CIVIL**

*Con ocasión al daño antijurídico se genera una responsabilidad legal la cual surge con ocasión a los elementos que configuran este daño, en materia civil en nuestro sentir se pronuncia sobre la responsabilidad civil extracontractual , que reza en su el artículo 2341 del Código Civil :*

ART. 2341.—El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

### **1.4.2. ORDEN CONSTITUCIONAL**

*Cuando se habla de daño antijurídico, en primera instancia se hace alusión al artículo 90 de la Constitución Política premisa constitucional de la cual surge la responsabilidad objetiva del Estado que reza:*

**ARTICULO 90.** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*

### **1.4.3 EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

En este ámbito de acción la normatividad vigente que hace un pronunciamiento respecto de la reparación directa surgida con ocasión al daño antijurídico ocasionado por el Estado en la ley 1437 de 2011 en los términos del artículo 140 que señala:

**Artículo 140. Reparación directa.** *En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. **Expresión subrayada declarada Exequible por el cargo examinado, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-644 de 2011.***

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la acusación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.

De otra parte en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política hace alusión a la Acción de Repetición, señala : “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” Siendo procedente indicar la ley Ley 678 de 2001 por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Que su artículo 1 señala:

***ARTÍCULO 1º. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición. Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-484 de 2002.***

De corolario, con lo anterior encontramos que el legislador, creó un mecanismo para que la administración, no se la única condenada por acciones u omisiones de sus agentes, si no que estas sean atribuibles a quienes en algún momento, estuvieron obligados en virtud de sus funciones a cumplir y no lo hicieron y esto dio origen a alguna Litis con condena en contra del Estado.

## CAPITULO II

### TÍTULOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

#### 2.1 RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL FRENTE AL DAÑO ANTI JURÍDICO

Cuando se habla de responsabilidad material del Estado está dirigido a la imputación que se le indilga al Estado, cuya consecuencia jurídica del daño antijurídico es la reparación del mismo con una indemnización en otras palabras la liquidación de perjuicios.

Finalmente, estudia el artículo 90 de la Carta y concluye que ésta se ha convertido en objetiva "puesto que la culpa ha dejado de ser el fundamento único del sistema indemnizatorio, convirtiéndose simplemente en uno de los criterios jurídicos de imputación de daños de la administración".

Ha operado pues un desplazamiento del autor o la conducta que causó el daño hacía la víctima misma, por lo cual "importa más reparar el daño causado que castigar la acción u omisión administrativa culpable ya que la finalidad de la responsabilidad patrimonial no consiste en borrar una culpa, sino en hacer recaer sobre el patrimonio de la administración el daño sufrido por el particular." Se concluye entonces:

*“En conclusión, la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica pues del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño) a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la*

*cobertura del daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate”.*

El Consejo de Estado en su jurisprudencia más reciente ha dicho:

*“Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que “las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”* (Duque, 1999, pág. 13)

El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio.

## **2.2 FALLA DEL SERVICIO**

### **2.2.1 DEFINICIÓN DE FALLA DEL SERVICIO**

Cuando se habla de falla del servicio se hace alusión a las actuaciones del Estado a través de sus funcionarios con fundamento de orden constitucional es el Artículo 90 de la Constitución Política que señalo: *“causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*, la responsabilidad por falla ha de considerarse como actuación irregular de la administración, es decir, reprochable no solo social sino jurídicamente es preciso afirmar, que debemos identificarla

con la culpabilidad, por cuanto en esta se evidencian las formas de actuación irregular de la administración a que se hecho referencia (Ciro Nolberto Guecha Medina, 2012).

De lo anterior, encontramos la responsabilidad subjetiva que se da en la actuación del Estado a través de sus funcionarios, aspecto objeto de estudio de la presente investigación, en virtud del actuar del ICBF donde el proceder del funcionario se sale de los parámetros del buen actuar que materializa los fines del Estado para el caso que nos comporta como es la protección y cuidado de los menores de edad bajo su custodia, de acuerdo con Guecha Medina, se entiende la imprevisión como una actuación contraria a las normas soberanas dentro del funcionamiento de la administración, y que la sitúan a la vez como una omisión a las leyes del servicio.

En el marco jurisprudencial, la Corte Constitucional hizo alusión a la consecuencia jurídica que surge con el indebido actuar de un funcionario público como ocasiona un daño señalando al respecto *“El daño se produjo como consecuencia de una conducta desarrollada por la autoridad pública o como consecuencia de una omisión o ausencia en el cumplimiento de sus funciones, es decir, que la administración haya dejado de actuar cuando su obligación era hacerlo y por tal razón genera un daño. Acá se estaría en presencia de los que nuestro Consejo de Estado - y que también ha sido acogido por la Corte Constitucional- denomina imputa tío factor, que es la misma causalidad material”* (Sentencia C-33 , 1998, pág. 8)

### **2.3 CLASIFICACIÓN**

Cuando se habla de falla del servicio hay que pronunciarse frente a la existencia de una Responsabilidad Directa cuya génesis radica en el Código Civil que en su Artículo 2341 que según la doctrina es denominado como **“Hecho Propio”** señalado como:

*ART. 2341.—El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*

En segunda instancia la Responsabilidad Indirecta que es “*por el hecho de otro*” consagrado en el Código Civil en el Art. 2347 del Código Civil, que señala:

*ARTICULO 2347 .Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.*

Al respecto la Corte Suprema de justicia (C.S.J) Sala de Casación Civil, en sentencia de casación de (Sentencia Sala de Casacion Corte Suprema de Justicia, 1993, pág. 24) citado por (UNAD, 2014) señaló como características de la falla del servicio como:

- Se pasa de una culpa individual a una culpa de la administración en virtud de una falla en el servicio prestado.
- Se presumirá la culpa del Estado, por el hecho de prestar en indebida forma los servicios que debe prestar, entre los que se encuentran los servicios públicos.
- La persona que sufre perjuicios deberá probar el nexo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio.
- Solo podrá eximirse de responsabilidad al Estado cuando se demuestre que la falla en el servicio se dio por consecuencias extrañas, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima
- Cuando el daño se produzca por un servidor del Estado en ejercicio o en virtud de sus funciones, el Estado tendrá que responder por el daño y luego este ejercerá la acción de repetición contra el funcionario ejecutor del daño.

- Si el daño es generado por un funcionario del Estado, fuera de sus funciones administrativas, éste responderá a título personal.

Para el caso sub judice, el problema jurídico, radica en la indebida prestación del servicio por parte de Centro Correccional de Atención Juvenil del Barrio San Luis de San Andrés, donde se pretermitió la aplicación de medidas de orden preventivo y contrario lo expuesto por la Corte Suprema de la Justicia en la sentencia ya señalada quien refiere lo siguiente:

*“esta responsabilidad se produce no como responsabilidad “refleja” por los daños provenientes de los hechos de quienes “estuvieren a su cuidado”, sino producto de que “en línea de principio, respecto de entes jurídicos, (...) acorde con el estado actual de la jurisprudencia, éstos se gobiernan por la responsabilidad directa, en cuanto se considera que las acciones u omisiones de sus agentes, cuando obran en ejercicio o con ocasión de sus funciones, son atribuibles, con las consecuencias inherentes, a la persona jurídica misma”* (Sentencia 0500131030092002-00445-01, Corte Suprema de Justicia, 2011).

### **2.3.1 FALLA PROBADA**

Es la falta, en la que la víctima quien actúa como demandante, demuestra como tal la falla, el daño y el nexo causal, de manera que el accionante debe probar fehacientemente la falta, junto con la demostración de las circunstancias de modo, tiempo y lugar con exactitud, sobre la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la falla, concepto desarrollado en Sentencia del Consejo de Estado con Magistrado Ponente Ricardo Hoyos, radicación No. 11.169 proferida el 3 de mayo de 1999.

*“En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas*

*públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño. (...)*

*(...) que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor". (Subrayado Fuera de Texto).*

De lo anterior, se infiere que es imputable al Estado una responsabilidad por falla probada en el que se evidencia la carga de la prueba al demandante el demostrar la irregularidad del actuar del Estado que origino el daño, el nexo causal entre el actuar negligente del funcionario público o la entidad y el daño antijurídico ocasionado aspecto que para el caso que nos ocupa, el daño es el fallecimiento del menor y la negligencia del ICBF al momento de no tomar medidas correctivas eficientes para la protección de la vida del menor de Edad.

No obstante, como se evidencio en la sinopsis del caso que nos ocupa si bien es cierto el menor que feneció incidió en su fallecimiento con sus antecedentes psiquiátricos de piromanía, se da la existencia de una falla del servicio por parte del ICBF a través de la Correccional, donde el juez debe decidir con base en la “*probabilidad de su existencia*” frente a lo cual el Consejo de Estado (Sentencia, 1999).

### **2.3.2 FALLA PRESUNTA**

La falla presunta es la que se da en dos casos, primero en Responsabilidad médica, donde quien debe probar la no ocurrencia del daño, será paradójicamente la entidad que lo produjo, alegando que su actuación estuvo de la mano con la prudencia, la diligencia, y la pericia,

rompiendo el nexo causal el daño antijurídico y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto se concluye tras lo expuesto por el Consejo de Estado (E., 2000) señalo al respecto:

*“Sea ésta la oportunidad para aclarar que no existe, en ningún caso, la llamada **"presunción de responsabilidad"**, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. (...)*

*(...) **Recaer sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad.**” (Subrayado Fuera de Texto)*

### 2.3.3 FALLA ANÓNIMA

Esta se refiere a que ocasionado un daño sin la plena identificación del funcionario que adelanto la actuación irregular esta es entendida como *“Es aquella en la cual a pesar de saber que ocurrió una falla que genero un daño por parte del Estado, se hace imposible determinar el gestor del daño”* (Sentencia Consejo de Estado, 2009) citado por (UNAD, 2014).

Así pues el Consejo de Estado (Sentencia Consejo de Estado, 2009) en el caso de Ana del Carmen Rodríguez y otros contra la Ministerio de Defensa – Policía Nacional con ocasión al fallecimiento de sus hijos victimas de miembros de la policía vestidos de civil (sin identificar), de lo cual se infiere un concepto de falla anónima que señala:

*“La jurisprudencia ha sostenido que **el carácter anónimo es un elemento natural de la falla del servicio, dado que para estructurarla no se requiere identificar a las personas cuya***

**conducta es constitutiva de la misma.** *La víctima puede imputar responsabilidad a la Administración sin tener que designar al funcionario que ha desarrollado la conducta, pues, la falta del servicio público puede resultar de las actuaciones de agentes determinados pero no identificados, y el hecho de que los agentes sean conocidos o no, no cambia en nada la responsabilidad estatal que queda comprometida cuando el hecho dañoso es imputable a la Administración.*” (Subrayado Fuera de Texto).

#### 2.3.4 FALLA RELATIVA

La Falla Relativa del Servicio, maneja un postulado descrito así: “nadie estará obligado a lo imposible”, por tanto, cabe recordar que el Estado prestará su servicio dentro de los límites de su posibilidad y exigibilidad, pero no estará obligado a hacerlo en un ámbito que perse genere imposibilidad de hacerlo, así que si se presenta un daño dentro de una situación imposible de asistir, el tipo de falla será el de falla relativa.

Así en materia de orden público el Consejo de Estado a nivel jurisprudencial es un ejemplo de falla relativa, así pues en concepto el Consejo de Estado señalo (Palacio, 2012)

*“ No se advierte que los hechos ocurridos se hubieren derivado de una conducta omisiva de las autoridades, por cuanto se considera que para el personal militar estaba en la imposibilidad de prever en qué momento los delincuentes irían a irrumpir para atentar contra los bienes del demandante. Si bien está probado que el demandante solicitó a la fuerza Pública protección de sus bienes por amenazas que lanzó la subversión; la mera circunstancia de elevar la petición de vigilancia y amparo no es per se una causa constitutiva de responsabilidad administrativa frente a los daños ocasionados, pues el control del orden público que corresponde al Estado no se maneja con criterio absoluto sino relativo, ya que este servicio no es uniforme o igual a*

*todos los casos y situaciones por cuanto varía según el supuesto de que se trate, y aquí se observa que frente al caso como el presente la sala encuentra estructurados los elementos propios del carácter relativo de la falla del servicio en la medida en que a la tropa prácticamente le era imposible instalar de manera permanente cuarteles o puestos de vigilancia en los predios del demandante.”(Subrayado Fuera de Texto)*

## **2.4 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y FALLA DEL SERVICIO**

La Corte Suprema de Justicia en uno de sus pronunciamientos en sentencia del 21 de agosto de 1939 por la Sala de Casación Civil, indico la responsabilidad del Estado en virtud de la falla del servicio a la comunidad en la prestación de los servicios públicos, cuya consecuencia era el daño y en consecuencia reparado por la administración. El caso tuvo ocurrencia en Bogotá, municipio que había construido el colector del río San Francisco y alcantarillas laterales en un sector del centro de la ciudad. Se verificó posteriormente que la obra no llenaba las condiciones técnicas de las de su clase, a causa de deficiencias en los estudios preliminares sobre los regímenes de las aguas, deficiencia en los materiales empleados y deficiencia en la capacidad del colector para contener las aguas que estaba destinado a recibir. Como consecuencia de esos defectos, el colector se represaba porque los materiales de acarreo que arrastraban las aguas se depositaban en la boca terminal, de manera que cuando llovía fuerte, los sifones de los patios de los inmuebles vecinos, en lugar de servir para dar salida a las aguas lluvias hacían el oficio de inyectores de aguas sucias, ya que si el colector se encontraba lleno, en vez de desaguar producía un flujo inverso. El Municipio de Bogotá tuvo conocimiento oportuno de esa situación, sin conseguir los interesados que las autoridades respectivas se preocuparan por evitar los daños que ocasionaba la obra del colector. (Salamanca, 21)

La Corte Suprema de Justicia, con ponencia del ilustre jurista HERNAN SALAMANCA, (Salamanca, 21) rectificó su teoría de la responsabilidad indirecta. Dijo:

*“Esta teoría basada en la culpa in eligiendo y en la in vigilando ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad que le confiere y prescribe (artículos 23347, 23348 y 2349 C.C.) (...)*

*Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios.(...)” (Fuentes, 2008)*

En relación con la responsabilidad de Estado frente a la falla del servicio al traer a colación el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 30 de julio de 1962 ya enunciada, se establecieron las siguientes características: (UNAD, 2014):

- ✓ Se pasa de una culpa individual a una culpa de la administración en virtud de una falla en el servicio prestado.

- ✓ Se presumirá la culpa del Estado, por el hecho de prestar en indebida forma los servicios que debe prestar, entre los que se encuentran los servicios públicos.
- ✓ La persona que sufre perjuicios deberá probar el nexo causal entre el daño y la falla en la prestación del servicio.
- ✓ Solo podrá eximirse de responsabilidad al Estado cuando se demuestre que la falla en el servicio se dio por consecuencias extrañas, tales como fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima
- ✓ Cuando el daño se produzca por un servidor del Estado en ejercicio o en virtud de sus funciones, el Estado tendrá que responder por el daño y luego este ejercerá la acción de repetición contra el funcionario ejecutor del daño.

Si el daño es generado por un funcionario del Estado, fuera de sus funciones administrativas, éste responderá a título personal.

## **2.5 CAUSALES DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

### **EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO DESDE LA FALLA EN EL SERVICIO**

Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad, fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad (Nohelia Del Socorro Londoño Y Otros Vs. Municipio de Dosquebradas, 2011, pág. 26)

### 2.5.1. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA

Cuando se hace alusión a la culpa exclusiva de la víctima está según la jurisprudencia y la doctrina es considerada como un eximente de la responsabilidad que para el caso que nos ocupa dentro de la narrativa desglosada por la sentencia objeto de análisis como base del presente documento (Sentencia No. 26470 del 27 de Febrero de 2014) es el establecer si el actuar de la persona fue determinante para el daño antijurídico

Nutriendo la argumentativa anterior, se trae a colación lo expuesto por el Consejo de Estado que en sentencia del 13 de agosto de 2008

*“...En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que **el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño**; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación” (SENTENCIA, 2008)*

*( Subrayado Fuera de Texto).*

Aunado a lo anterior, se trae a colación el pronunciamiento dado por parte del Dr. **Martín Bermúdez Muñoz** Profesor de Responsabilidad del Estado de la Universidad del Rosario , que hace un análisis frente a la sentencia emitida La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 13 de abril del 2011 (Subsección B, Expediente 20.441) que recoge la misma posición jurídica de la sentencia del 13 de agosto de 2008 en mención, profesor que en su

comentario aduce la expresión “La nueva tesis de exoneración de responsabilidad por la culpa de la víctima”, con sustento en los siguiente:

*“Eliminar la exigencia de la irresistibilidad e imprevisibilidad del hecho de la víctima como condición de exoneración del responsable significa concluir que, así el conductor esté en condiciones de prever y de evitar la ocurrencia del daño, no debe responder, porque la víctima obró de manera inadecuada y **su comportamiento fue decisivo y determinante en la causación del daño.** Por esta vía, terminan imputándose las consecuencias del daño no a quien lo causó (como ocurre en la responsabilidad objetiva), sino a quien obró con culpa (como ocurre en la responsabilidad subjetiva).*

*Dicho de otro modo, si se considera que la culpa de la víctima, así no sea irresistible e imprevisible para el demandado, **lo exonera de responsabilidad, se está concluyendo que a este le bastará probar que obró adecuadamente (sin culpa) y que el daño se ocasionó porque la víctima obro inadecuadamente (con culpa).**” (Subrayado Fuera de Texto)*

### **2.5.2 CULPA DE UN TERCERO**

Esta causal de exoneración, proviene como su nombre lo indica del hecho de un tercero y como las demás causales, tiene que cumplir con las características de ser irresistible e imprevisible, adicionalmente, según la jurisprudencia una actuación exclusiva y determinante, no será suficiente la participación del tercero, sino que debe haber y seguidamente demostrarse, el nexo entre la causalidad y el daño causado.

Lo anterior, ampliado jurisprudencialmente con los siguientes conceptos así:

**a) Causalidad:** Lo primero que debe poseer el hecho de un tercero es haberse dado a la producción del evento dañoso, relacionándose con este por una relación causal; de no mediar esta relación, el hecho del tercero, no puede ser configurada como causa extraña, susceptible de eximir de culpa al ofensor.

**b) No provocado:** no es suficiente con que sea obra en todo o en parte, ejecutado el hecho por un tercero; se requiere, adicionalmente que el hecho del tercero, en última instancia no tenga su causa en una acción del ofensor, ya que si así fuera este debería ser considerado como único y exclusivo agresor.

**c) Finalmente hay duda sobre si el hecho del tercero debe ser ilícito.** Si el hecho del tercero es la única causa del evento donde ocurrió el daño, no se requiere que sea en sí mismo ilícito, ya que su sola presencia basta para destruir la responsabilidad a cargo del presunto ofensor, eliminando el nexo casual que es uno de los supuestos.

### **2.5.3. CASO FORTUITO (*casus fortuitum*)**

Consistente en el acontecimiento imprevisible e irresistible pero que acontece o se produce dentro del campo propio de la actividad administrativa, del actuar del agente. Es, pues, esencialmente interno a la actividad.

Sobre el tema del caso fortuito y la fuerza mayor hay que aclarar que para los civilistas no hay distinción alguna entre estos dos fenómenos, por lo tanto se habla indistintamente de caso fortuito o fuerza mayor. Para los administrativistas, estas causales son diferentes y consideran que se está en presencia de fuerza mayor, cuando el acontecimiento resulta completamente externo al accionar del agente y constituye caso fortuito aquel evento cuya causal es desconocida mas no externa o exterior a la actividad del agente.

### **2.5.4 FUERZA MAYOR (*vim maiorem*)**

Para eximirse de la Responsabilidad que se le atribuye puede probarse el rompimiento del nexo causal por medio de la fuerza mayor, la cual es el referida al hecho externo a la actuación de la administración, siendo imprevisible e irresistible, por tanto no susceptible de ser contrarrestado, todo esto fundamentado en la jurisprudencia así:

Para efectos de distinción, y de acuerdo con la doctrina, se concibe que la fuerza mayor debe ser:

“1) **Exterior**: esto es que ‘está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aun indirectamente por la actividad del ofensor.

“2) **Irresistible**: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho.

“3) **imprevisible**: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo. (Jose Vicente Vallejo Sanchez Vs.Municipio de Medellin, 2012, pág. 10)

## CAPITULO III

### RELACION ESPECIAL DE SUJECION ENTRE MENORES DE EDAD Y EL ICBF

#### 3.1. RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN

Cuando se habla de relación especial de sujeción, se debe inferir en primera instancia la existencia de un vínculo jurídico entre una entidad pública con una posición de garante y un sujeto bajo su cuidado, no obstante se hace necesario acudir a la doctrina para hallar una definición del tema que nos ocupa según la cual, se define como: un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades; como toda sujeción supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción. (García Coronado, 2009)

Al referirse de la relación Especial de Sujeción, es obligatorio traer a colación los elementos que lo constituye, para lo cual la Corte Constitucional (Sentencia T-687 , 2003, pág. 15), partiendo de una analogía entre una persona privada de la libertad adulto al igual que un menor de edad, bajo esta premisa es viable enlistarlas a continuación:

1. La subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado).
2. Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales).
3. Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley.

4. La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización).
5. Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado.
6. Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).
7. Teniendo en cuenta lo expuesto con antelación al materializarlo al caso que nos ocupa se hace necesario la identificación de las dos partes que conforman la relación especial de sujeción de una parte un sujeto pasivo como es “un menor de edad cualificado (menor de edad en rehabilitación por la comisión de un delito) y en el otro extremos determinado en nuestro concepto como sujeto activo como es el Estado en cabeza del INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR.

En primera instancia, hay que partir de la existencia jurídica del ICBF que surge con la Ley 7 de 1979, que con un enfoque de servicio público que a la luz del Consejo de Estado señalo al respecto (Rincon, Expediente No. 29533, 2013) “*se instituyó 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 (establecimiento público), con competencia a nivel nacional”*

### **3.2. MENORES DE EDAD**

El menor de edad es aquel que no ha cumplido con los requisitos de orden legal como es el no tener 18 años de edad quien se encuentra bajo el cuidado de un tutor que tiene su custodia, al remitirnos a la normatividad se hace necesario recordar el código civil en su artículo 34 hace una definición un tanto compleja en lo que a la edad de la persona se refiere (<http://www.gerencie.com/>, 2010):

*“Palabras relacionadas con la edad. Llámese infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos.”*

En la ley 1098 de 2006, también conocida como Código de la infancia la adolescencia, en su artículo 3 contempla define el concepto de una forma mucho más sencilla:

*“Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”.*

En materia de los menores de edad también se hace necesario remitirnos pronunciamientos de orden internacional trayendo a colación un trabajo académico desarrollado por un académico de la Universidad Nacional que señalo al respecto:

*“La Declaración Universal de los Derechos Humanos: La infancia tiene derecho a cuidados especiales; la Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño; la Declaración sobre los derechos del Niño en Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, entre otros acuerdos, hacen parte de los pactos internacionales firmados por el Estado Colombiano a fin de garantizar y velar por los derechos de la infancia. 12 Conformados por un Juez quien además de ser abogado, entre otros requisitos debía ser padre de familia sin tacha en su reputación, y por un médico experto en enfermedades infantiles, encargado además de la salud familiar, de hacer visita al hogar del pequeño delincuente (Leon, 1935). 13 En 1968 la mayoría de edad se alcanzaba al cumplir los 21 años.” (Padilla, 2011)*

### **3.3 ICBF GARANTE DEL MENOR DE EDAD**

En Colombia antes de la Constitución Política de 1991, las medidas de corrección para aquellos menores de edad involucrados en delitos de tipo penal eran de tipo pedagógico, aspecto tipificado en el Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que en su artículo 204 definía como responsable de ello al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el paso del tiempo tanto social como culturalmente los índices de delincuencia encabezados por menores de edad hizo que surgieron la Ley de Infancia y Adolescencia donde las medida correctivas fueron más restrictivas aspecto en el artículo 89 de la ley 1453 de 2011 contemplo la privación de libertad del menor en Centros de Atención especializado, sin perder la esencia de la oportunidad legal del menor de estar en proceso de rehabilitación social.

Conforme a lo anterior, se crea un vínculo entre el menor en rehabilitación y el Bienestar Familiar pues el menor queda a cargo de esta entidad pública quien vela por la rehabilitación del menor privado de su Libertad y debe velar por su integridad, asumiendo una posición de garante de los menores de edad, aspecto que según el Consejo de Estado (Botero, 2007) *“en virtud de las facultades legales el Estado (v.gr. medidas de protección a adolescentes infractores de la ley penal), vincula al menor en una relación de especial sujeción, asume posición de garante y, por consiguiente, queda compelido a garantizar la integridad física (externa) y espiritual (interna), exigencia que, se insiste, comprende protegerlo de la acción de terceros o incluso de la propia.”* donde si el menor se ve vulnerado en su integridad física o psicológica al ICBF se le debe imputar el perjuicio ocasionado, en estos términos en la Constitución Política de 1991 en su Artículo 90 se consagra que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En la misma norma de normas se consagró en el artículo 44 los derechos fundamentales de los niños, los cuales tienen prevalencia sobre los derechos de los demás (Gaitan, 2011), en cuyo artículo establece el derecho la integridad física.

Bajo la anterior premisa empieza a surgir la denominada “relación especial de sujeción” entre el ICBF y los menores de edad a su cargo que es la premisa para entrar a inferir la existencia o de la responsabilidad del Instituto con ocasión a los perjuicios que se ocasionen al menor con origen en la indebida actuación de sus funcionarios o falla del servicio tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado en uno de sus pronunciamientos señalando al respecto (Rincon, Sentencia, 2013):

*“Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier*

*equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario **comprobar la gravedad de la falla en su conducta.**” (Subrayado Fuera de Texto).*

### **3.4 Análisis Jurisprudencial**

Cuando se habla de relación especial de sujeción se hace necesario traer a colación pronunciamientos del Consejo de Estado, quien es el encargado de analizar cada situación en particular a fin de materializar los parámetros jurídicos para establecer o no la imputabilidad de la responsabilidad Estatal en virtud de la relación especial de sujeción premisa de la presente investigación, por tanto el análisis jurisprudencial se desarrolló en dos instancias, inicialmente sobre la sentencia marco del caso de la Señora Margoth Vallejo como accionante y en una segunda instancia sobre casos similares donde se responsabilizó al ICBF, por estar a cargo de los menores en el momento de la ocurrencia de los daños.

#### **3.4.1. CASO DE MARIA MARGOTH VALLEJO DE SANCHEZ VS. ICBF**

##### **3.4.1.1 SINOPSIS SENTENCIA No. 26470 DEL 27 DE FEBRERO DE 2014**

Dentro del presente estudio, encontramos este caso como emblema de la Responsabilidad Estatal para con menores de Edad, el cual fue demandado por La señora María Margoth Vallejo de Sánchez, haciendo uso del Medio de Control de Reparación Directa, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con proceso Radicado No. 88001-23-31-000-2002-00146-01(26470) desde el año 2002, el cual surtió su segunda instancia ante el Consejo de Estado Sección tercera Subsección A, y conoció en primera instancia el Tribunal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, Por el fallecimiento de su menor hijo Fabián Sánchez.

### 3.4.1.2 DESARROLLO PROCESAL

El caso sub examine, trató del fallecimiento del menor Fabián Alonso Sánchez Vallejo, por el incendio ocasionado el 23 de octubre de 2000, dentro de la celda ocupada por el menor, en el Centro Correccional de Atención Juvenil del Barrio San Luis de San Andrés, siniestro que le dejó quemaduras de tercer grado, dentro de otros daños, que le costarían la vida, aun cuando fue trasladado y tratado en la Clínica San Vicente de Paul de Medellín, el menor finalmente falleció el 27 de octubre de 2000.

Resultado de lo anterior, el 4 de septiembre de 2002 la señora María Margoth Vallejo de Sánchez, mediante la entonces, *acción de reparación directa* solicitó ante el Tribunal de San Andrés, Providencia y Santa Catalina Tribunal que se declarara administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF - por la muerte de su menor hijo, Fabián Alonso Sánchez Vallejo, indilgando tal responsabilidad con sustento en la falla del servicio al no existir controles de prevención, aun cuando se tuvo conocimiento de la posibilidad de la ocurrencia del hecho.

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante auto de 19 de septiembre de 2002.

“En contestación de la demanda el ICBF indicó que el menor Fabián Vallejo se encontraba recluido en un cuarto para jóvenes de “*conducta alterada*” debido a sus antecedentes, resaltando que había puesto en peligro a otros menores, y que, para el día de los hechos el menor había prendido fuego al colchón de la habitación para causarse daño; adicionalmente los funcionarios a cargo para el día de los hechos, fueron quienes trasladaron al menor al hospital, no habiendo falla del servicio por parte del personal del Instituto- Por ultimo señalo que la custodia del menor

se encontraba a cargo de la *ONG Sunshine's Corporation* de conformidad con el contrato de aporte 173 de junio 30 de 2000 con orientación Juzgado de Familia y con el acompañamiento del ICBF". (Caso Fabian Sanchez, 2014, pág. 6)

En **sentencia de primera instancia** el 30 de octubre de 2003 el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por cuanto, indicó la existencia de concurrencia de culpas debido a que se probó que el daño fue propiciado por la misma víctima al originar el incendio.

En consecuencia, el ad quo reconoció 50 SMLMV por concepto de perjuicios morales, sin reconocer perjuicios materiales, toda vez que el menor no percibía un ingreso económico que lo ocasionara.

El 21 de noviembre de 2003 le fue concedido **recurso de apelación**, tanto para el ICBF como la accionante, alegando el primero ausencia de responsabilidad y la segunda el reconocimiento de los 100 SMLMV según el acápite petitorio de la demanda.

### **3.4.1.3 ASPECTOS CONSIDERATIVOS CONSEJO DE ESTADO- SEGUNDA INSTANCIA**

Un vez admitido el recurso de apelación por parte del Consejo de Estado el 5 de marzo de 2004, la corporación se pronuncia frente a la culpa exclusiva de la víctima, la falla del servicio y los requisitos legales para dar validez probatoria a los documentos allegados, a fin de dar respuesta al sustento del recurso de apelación instaurado por las partes.

El ICBF, en su *petitum* impugnatorio alegó nuevamente la falta de legitimación en la causa por pasiva debido que situa a la *ONG Sunshine's Corporation* como responsable del cuidado del menor por la suscripción del Contrato No. 173 allegando copia simple por el

apoderado sin haber sido decretada dentro del proceso aunado a que el documento no cumple los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, por lo que la Corporación desestimo la excepción interpuesta por el ICBF.

En relación con la culpa exclusiva de la víctima la Corporación indica que el actuar del menor no fue la única causa de su fallecimiento, por cuanto los funcionarios del centro también estuvieron incurso en una falla del servicio al demorarse en atender el siniestro ocasionado por el menor fallecido.

Por último, la narrativa indica que en uno de los testimonios se evidenció que el Centro no tenía un extintor en el lugar, aspecto que fortalece la teoría de la falla del servicio, aspecto que en ninguna de sus partes fue desvirtuado por el Centro de atención juvenil cerrada de San Andrés aunado a que tampoco probó la existencia de la culpa exclusiva de la víctima que indicara un eximente de responsabilidad, no obstante a lo que en virtud se evidencio, el Consejo de Estado, respecto de que el menor fallecido incidió en el desenlace mortal de los hechos ordenó reducir los perjuicios morales en un 20%, haciendo efectiva la condena en el ochenta por ciento restante a favor de la madre del menor, esto es 80 SMLMV.

De lo anterior, se infiere la existencia de elementos como: los extremos procesales, de una parte, **menores de edad y de otra el ICBF**, la **falla del servicio**, por originarse en el Centro Correccional de Atención Juvenil del Barrio San Luis de San Andrés- ICBF, y a su vez esta la figura del **daño antijurídico** ocasionado al menor fallecido, con obligación de indemnizarse a la madre del menor con el fallecimiento, **culpa exclusiva de la víctima** con el actuar del menor de edad que incidió en su fallecimiento, y por último el enlace jurídico que plasma y aclara el caso *sub examine* que entra a ser respuesta a elementos de orden jurídico ya enunciados como es **la Relación Especial de Sujeción** entre Fabián Alonso Sánchez Vallejo y el

Centro Correccional de Atención Juvenil del Barrio San Luis de San Andrés- ICBF, aspecto imprescindible de la presente investigación, ya que incluye los elementos, conceptos y análisis jurídico de la corporación, que lleva a comprender el sentido de los fallos cuando los supuestos facticos son similares

### **3.4.2 CASO DE NELSY JANETH HENAO VS. ICBF**

SENTENCIA RADICACIÓN NO.	73001-23-31-000-1998-01364-01(18195)
C.P. :	GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ C.P. (E)
FECHA PROVIDENCIA	26/05/2010
ACTOR	NELSY JANETH HENAO VANEGAS Y OTROS
DEMANDADO	ICBF

#### **3.4.2.1 Antecedentes**

El 22 de julio de 1998, los accionantes, mediante apoderado judicial, solicitando la declaración de responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., por haber extraído de su hogar biológico a los menores Anderson y Paola González Henao, de 4 y 3 años de edad, respectivamente, quienes fueron asignados a un hogar de paso al servicio de dicha entidad, el 20 de febrero de 1997, lugar en el cual fueron maltratos y agredidos sexualmente.

#### **3.4.2.2. Pretensiones**

La entidad demandada deberá ser condenada al pago de los perjuicios a ellos causados, los cuales fueron estimados en una suma equivalente, en pesos, a 4000 gramos de oro, para cada uno de ellos, por la separación forzada de los menores, y de 4000 gramos de oro, para cada uno de los demandantes, por los maltratos y abusos sexuales del cual fueron víctimas (Nelsy Yaneth Henao y otros Vs. ICBF, 2010, pág. 9).

### **3.4.2.3. Primera Instancia**

Mediante sentencia de 28 de enero de 2000, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda, por estimar que no se acreditó falla alguna del servicio, pues la separación de los menores se debió a una medida de protección del I.C.B.F., ya que existían serias informaciones sobre posibles maltratos de los menores por parte de sus progenitores.

### **3.4.1.4. Segunda Instancia**

Se revocó la decisión tomada por el a quo, y en su lugar se condenó al ICBF, declarándolo responsable a título de Falla en el servicio por las dos situaciones anteriormente descritas, adelantadas por agentes del Estado, como funcionarios del ICBF, condenándolo así las cosas, al pago de 90 SMLMV a cada uno de los menores y 80 SMLMV a cada uno de los padres.

### **3.4.2. CASO DE CAMPO ELIAS CUMBALANZA VS. ICBF**

SENTENCIA RADICACIÓN NO.	52001-23-31-000-2002-01619-01(27913)
C.P.:	CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

FECHA PROVIDENCIA:	10/07/2013
ACTOR:	CAMPO ELIAS CUMBALANZA PUENAYAN Y OTROS
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-I.C.B.F.-

### 3.4.3.1. Antecedentes

“El 13 de noviembre de 2002, los actores, en ejercicio de la acción de reparación directa y por medio de apoderado judicial, solicitaron que se declarara administrativa y patrimonialmente responsable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF – y a la señora Zoila María Tapie (Coordinadora del Hogar Comunitario Divino Niño Jesús del ICBF) por la muerte de la menor Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal, ocurrida el 13 de noviembre de 2001”. (Campo Elias Cumbalanza Vs. ICBF, 2010, pág. 4).

### 3.4.3.2. Pretensiones

Se solicitó se indemnizará por 100 SMLMV a cada miembro del primer grupo familiar, esto es padres y hermanos y con 50 SMLMV a los miembros del segundo grupo familiar, compuesto por tíos maternos y paternos, así como los abuelos materno y paternos de la menor, por perjuicios morales.

### 3.4.3.3. Primera Instancia

“En consecuencia, declaró la responsabilidad del ICBF por la muerte de Adriana Lucía Cumbalanza Quilismal y lo condenó a “indemnizar a los integrantes del primer grupo familiar... el equivalente a CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes” y al segundo grupo demandante le reconoció 50 salarios mínimos mensuales legales” (Campo Elias Cumbalanza Vs. ICBF, 2010, pág. 5)

### 3.4.3.4. Segunda Instancia

El *ad quem*, modificó la providencia proferida en primera instancia, ordenando para este caso como definitivo, el reconocimiento de 100 SMLMV a favor de los padres de la menor, y 50 SMLMV a favor de los hermanos de la menor Adriana Cumbalanza.

Como corolario de lo anterior, se determinó en las dos instancias surtidas, la responsabilidad del ICBF, dada la existencia de un Contrato de Aporte, para con el Hogar comunitario, el cual actuó como agente estatal, dadas las funciones que estaba cumpliendo.

### 3.4.4. CASO DE YANIDIS LUCUMI VS. ICBF

SENTENCIA RADICACIÓN NO.	50001-23-31-000-2000-00116-01(28077)
C.P.:	JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
FECHA PROVIDENCIA:	26/03/2014

ACTOR:	YANIDIS LUCUMI GUAZA Y OTROS
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-I.C.B.F.-

#### **3.4.4.1. Antecedentes**

La señora Yanidis Lucumi, acude en sede judicial al Tribunal Administrativo del Meta, con el propósito de accionar mediante el hoy, medio de control de Reparación Directa, el fallecimiento de su menor hijo Brayan Arbey Pinilla, quien mientras era cuidado por un Hogar comunitario, sufrió quemaduras en todo el cuerpo, en II y III grado, que aun con la asistencia medica que recibió en el Hospital Departamental de Villavicencio y una clínica en Bogotá D.C., se produjo su muerte, por descuido del personal encargado en el Hogar Comunitario, por cuanto, en virtud del Contrato de Aporte entre el ICBF y el Hogar Comunitario, la responsabilidad corre por cuenta del Instituto, siendo el hogar solo un agente, y aun mas cuando la falla esta debidamente probada.

#### **3.4.4.2. Pretensiones**

“Que se declare responsable de la totalidad de perjuicios causados a los demandantes, con motivo del trágico fallecimiento de su hijo, hermano y nieto BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, como consecuencia de las quemaduras de segundo grado que recibió el menor al caer dentro de un recipiente con agua hirviendo, dentro de las instalaciones del Hogar Comunitario del Barrio Playa Rica adscrito a la entidad demandada. Lo anterior, en hechos ocurridos dentro del perímetro urbano del municipio de Villavicencio el día 25 de agosto de 1999.

- Que se condene a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR I.C.B.F., a pagar a favor de los demandantes por concepto de daños morales con el correspondiente equivalente en pesos, de la fecha de ejecutoria de la sentencia y/o conciliación si la hubiere así:

a. Cuatro mil (4000) gramos de oro fino: dos mil para cada uno de los señores YANIDIS LUCUMI GUAZA y ARBEY PINILLA, en calidad de padres del fallecido.

b. Tres mil (3000) gramos de oro fino: mil (1000) para cada uno de los hermanos del fallecido

c. Dos mil (2000) gramos de oro fino: mil (1000) para cada uno de los abuelos maternos del fallecido” (Yanidis Lucumi Guaza Vs. ICBF, 2014, pág. 6)

#### **3.4.4.3. Primera Instancia**

El Tribunal Administrativo del Meta, declaró administrativamente responsable al ICBF, por la muerte del menor y así mismo lo condenó “a pagar a YANIDIS LUCUMI GUAZA, en calidad de madre del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, por los perjuicios morales causados con su muerte, la cantidad de mil gramos oro (1000 gr.) y a CRISTIAN EDUARDO LUCUMI GUAZA, LINA FERNANDA PINILLA LUCUMI y VICTOR JAVIER PINILLA LUCUMI, en calidad de hermanos del menor occiso, la cantidad de quinientos gramos oro (500 gr.) por concepto de perjuicios morales”. (Yanidis Lucumi Guaza Vs. ICBF, 2014, pág. 10).

De igual forma, la parte demandante solicitó adicionar la sentencia de acuerdo con el artículo 311 del C.P.C., en el sentido de incluir al padre y abuelos maternos al momento de ordenar la

condena, por lo cual se modificó el numeral tercero de la parte resolutive incluyendo así a las partes anteriormente mencionadas, pero que no fueron incluidas en la providencia inicial quedando así la adición:

“CONDENAR a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a pagar al señor ARBEY PINILLA, en calidad de padre del menor BRAYAN ARBEY PINILLA LUCUMI, por los perjuicios morales causados, la cantidad de MIL GRAMOS ORO (1000 gr.) y a PABLO LUCUMI y SABINA GUAZA, en calidad de abuelos maternos del menor fallecido, la cantidad de QUINIENTOS GRAMOS ORO (500 gr.), por concepto de perjuicios morales”.  
(Yanidis Lucumi Guaza Vs. ICBF, 2014, pág. 10)

#### **3.4.4.4. Segunda Instancia**

Se declaró administrativamente responsable al ICBF, por los perjuicios morales causados con la muerte del menor Brayan Arbey Pinilla Lucumi, en hechos sucedidos del 25 de agosto de 1999.

Por cuanto se Condena “a la NACIÓN – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a pagar por concepto de perjuicios morales, el equivalente a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para las siguientes personas: Yanidis Lucumi Guaza, Arbey Pinilla, en calidad de padre del menor Brayan Pinilla Lucumi. El equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada una de las siguientes personas: Cristian Eduardo Lucumi Guaza, Lina Fernanda Pinilla Lucumi Y Victor Javier Pinilla Lucumi, en calidad de hermanos del menor fallecido. El equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada una de las siguientes personas: Pablo

Emilio Lucumi Y Sabina Guaza en calidad de abuelos maternos del menor occiso” (Yanidis Lucumi Guaza Vs. ICBF, 2014, pág. 37).

#### **3.4.4. CASO DE JOSE CARBALLO VS. ICBF**

SENTENCIA RADICACIÓN NO.	41001-23-31-000-1994-07893-01(20324)
C.P.:	MAURICIO FAJARDO GOMEZ
FECHA PROVIDENCIA:	23/06/2011
ACTOR:	JOSE ANTONIO CARBALLO Y OTROS
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-I.C.B.F.-

##### **3.4.5.1. Antecedentes**

En escrito presentado el 25 de octubre de 1994, el señor José Antonio Carballo Guamanga, en nombre propio y en representación de su hijo menor José Antonio Carballo Cabrera, mediante apoderado judicial, interpuso demanda de reparación directa contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios sufridos con ocasión del estado avanzado de desnutrición que padeció mientras estuvo cobijado por una medida de protección decretada por ese establecimiento público.

### 3.4.5.2. Pretensiones

La condena solicitada, por los demandante fue por “ por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 3.000 gramos de oro para cada uno de ellos y, a título de daño material, en la modalidad de lucro cesante, el valor de \$55'666.800,00” (Jose Antonio Carballo Vs. ICBF, 2011, pág. 10).

### 3.4.5.3. Primera Instancia

El Tribunal Administrativo de Descongestión de Cundinamarca, dentro del caso, apoyado en el material probatorio, teniendo en cuenta que el padre del menor lo recibió, pero aun así decidió nuevamente entregarlo al ICBF, se declaró que no hubo falla en el servicio, por cuanto negó todas las pretensiones de la demanda.

Por cuanto realizaron lo siguientes aportes puntuales sobre el caso sub iudice:

*“Si bien se demostró que el ICBF obró con diligencia, para la Sala no sucedió igual si de juzgar el comportamiento del demandante se trata. En efecto, la manifestación expresada en los hechos de la demanda cuando se aduce que el padre del menor se negó a recibirlo por encontrar a su hijo en precarias condiciones de salud es un comportamiento censurable y merece reproche pues obrar en tal sentido equivale al abandono del deber de cuidado que a todo padre de familia se impone. Por precarias que hayan sido las condiciones de salud y avanzado estado de desnutrición del menor, nadie es más indicado que su progenitor para proveerle cuidados. Y sea de ello lo que fuere,*

*tampoco se probó que la degradación del menor se deba a negligencia o desprotección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar” (Jose Antonio Carballo Vs. ICBF, 2011, pág. 10).*

#### **3.4.5.4. Segunda Instancia**

El demandante, estando dentro del término y oportunidad procesal, interpuso recurso de apelación que fue concedido por el a quo y admitido por el ad quem, por cuanto el padre del menor no actuó con negligencia, por cuanto la situación socio- económica del padre, no le permitió asistir a su hijo, por lo que para asegurar la supervivencia y bienestar del mismo, prefirió entregarlo al ICBF.

De lo anterior, el Honorable Consejo de Estado, quien conoció el última instancia, fallo a favor del accionante y condenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, al pago a favor del menor José Antonio Carballo Cabrera (q.e.p.d.), la cantidad equivalente en pesos a 80 SMLMV, a nombre de la masa sucesoral, esto por cuanto en la actuación administrativa se produjo el deceso del menor.

#### **3.4.5. CASO DE ELDA MARTÍNEZ VS. ICBF**

SENTENCIA RADICACIÓN NO.	25000-23-26-000-2001-00298-01(29533)
C.P.:	HERNAN ANDRADE RINCON
FECHA PROVIDENCIA:	13/11/2013
ACTOR:	ELDA MARTINEZ Y OTROS
DEMANDADO:	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-I.C.B.F.-

### **3.4.6.1. Antecedentes**

En escrito presentado el 2 de febrero de 2001, por conducto de apoderado judicial, 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, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), 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. (Elda Martinez Vs. ICBF, 2013, pág. 6).

### **3.4.6.2 Pretensiones**

Como consecuencia de la muerte de la menor Natalia Sandoval, los accionantes, solicitaron se declara administrativamente responsable al ICBF, y por consiguiente se le condenara al pago, por indemnización de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos a 1.500 gramos de oro para los padres y abuelos de la víctima directa y 750 gramos de ese mismo metal para el hermano.

### **3.4.6.3. Primera Instancia**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las pretensiones del libelo demandatorio, por cuanto la actuación administrativa se desplegó correctamente, en consecuencia el concepto del ad quo fue el siguiente:

*“a partir de los medios probatorios recaudados en el proceso no se podía inferir falla alguna del servicio por parte del ICBF que hubiere producido la muerte de la menor Natalia Sandoval*

*Martínez, pues en todo momento había actuado conforme a sus obligaciones legales y reglamentarias de promoción, orientación, asesoría y evaluación respecto de los Hogares Comunitarios; a lo cual agregó que la menor fallecida se encontraba bajo el cuidado del Hogar “Mis Monachitos”, razón por la cual la responsabilidad directa del cuidado de los menores recaía exclusivamente en la Madre Comunitaria, señora Nancy Pérez Hernández y en quienes tenían la obligación legal y contractual de apoyarla; no obstante, dichas personas no tenían vínculo laboral o contractual alguno con el ICBF, por manera que no era esta entidad la llamada a responder por dicho hecho dañoso” (Elda Martínez Vs. ICBF, 2013, pág. 8).*

#### **3.4.6.4. Segunda Instancia**

La parte demandante, estando dentro del término y oportunidad procesal, interpuso recurso de apelación que fue concedido y admitido, posteriormente se entró a revisar el caso en concreto y dar el respectivo traslado a las partes, para tomar la respectiva decisión.

Luego de lo anterior, el consejero de estado a cargo, fallo con el siguiente sentido:

Condénese al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, a pagar por daño moral, a favor de las siguientes personas y por los montos establecidos a continuación:

- Elda Martínez (madre) 100 SMMLV
- Fabian Sandoval Barbosa (padre) 100 SMMLV
- Hoover Stiven Ochoa Martínez (hermano) 50 SMMLV
- Idali Martínez (abuela) 50 SMMLV
- José Eusebio Sandoval Buitrago (abuelo) 50 SMMLV

De las sentencias revisadas anteriormente, podemos establecer, que el ICBF, ha sido declarado responsable en casos donde está clara la relación de sujeción, por cuanto, un menor de edad, debe ser objeto de un cuidado especial, ya que Colombia, se ha encargado de ratificar por medio del Bloque de Constitucionalidad, todas las declaraciones de Derechos en favor de los niños, esto en relación con el art. 44 de la Constitución Política Nacional y demás normativa acorde, por cuanto son seres en proceso de formación y representan el recurso social de los años venideros, por tanto es un ingrediente agravante cuando los daños se cometen en contra de estos.

De manera que en las pasadas sinopsis jurisprudenciales elaboradas, sobre casos del Consejo de Estado, existe un elemento recurrente , el cual es la prestación de un servicio como, el de Hogares Comunitarios, creado desde las directrices del ICBF, seguido de esto, encontramos la falla del servicio debidamente probada en todos los casos por los demandantes, visto desde ángulos distintos, con la prestación regular de un servicio y una situación crítica que desencadenó en la muerte o afectación de un menor sujeto al cuidado del agente estatal, para que finalmente se declare la Responsabilidad de indemnizar a manera de restituir económicamente a los familiares de las víctimas, por el daño generado en curso del cumplimiento de sus funciones, en dichos establecimientos.

## CONCLUSIONES

La Responsabilidad del Estado, ha sido aplicada por el Honorable Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados, como una Responsabilidad de tipo Civil, esto quiere decir que su contenido es meramente patrimonial, tal concepción se ve reflejada erguida dentro de la Rama Judicial, en tanto que la Responsabilidad de tipo penal sanciona al culpable, profiriendo una condena, la Responsabilidad Estatal, igual que la civil, tiene como fin el restablecimiento del equilibrio, cuantificando una pérdida en dinero, mediante un resarcimiento económico.

Es claro que la inclusión del concepto del daño antijurídico, dentro del sistema jurídico nacional, se dio como fundamento patrimonial, de la administración pública, en tanto es un reflejo de su función resarcitoria, por cuanto es más importante el daño causado al ciudadano que el funcionamiento normal o anómalo de los servicios públicos y la conducta del agente mismo. esto por cuanto la institución del Daño Antijurídico es fiel expresión de la igualdad aludida constitucionalmente, y que es ostentada por los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas.

En materia de “*Relación Especial de Sujeción*”, encontramos que en Colombia a nivel Jurídico, se crea un vínculo jurídico que se da en primera instancia por una falla presunta por parte de la entidad pública que para el caso *sub examine* es el Centro Correccional de Atención Juvenil del Barrio San Luis de San Andrés – ICBF a cargo de los menores de edad que se encuentran bajo su cuidado y custodia.

Se infiere de lo anterior que al existir una falla en el servicio, acarrea como consecuencia la existencia de un daño antijurídico, donde una persona se ve afectada por el indebido actuar del Estado, por medio de sus entidades públicas o funcionarios que para el caso emblemático que nos ocupó, se dio con el fallecimiento de un menor que si bien es cierto tenía antecedentes disciplinarios, el Centro Correccional no tomó las medidas eficientes ni eficaces que desplegara un resultado de protección a la vida del menor.

Y conceptualmente, encontramos que esta responsabilidad se produce no como responsabilidad “refleja” por los daños provenientes de los hechos de quienes “estuvieron a su cuidado”, sino como producto de que “en línea de principio, respecto de entes jurídicos, acorde con la jurisprudencia, se gobiernan por la responsabilidad directa, en cuanto se considera que las acciones u omisiones de sus agentes, cuando obran en ejercicio o con ocasión de sus funciones, tendrá la obligación de responder. (Sentencia 0500131030092002-00445-01, Corte Suprema de Justicia, 2011).

Que si bien es cierto jurídicamente, se da la existencia de elementos de orden jurídico que configuran el resarcimiento de un perjuicio (bajo la figura de falla del servicio), no garantiza la declaratoria del mismo pues como extremo de la Litis el Estado tiene como beneficio de demostrar la diligencia en su actuar con mecanismos de orden preventivo y oportunidad funcional a través de sus funcionarios para que sea un eximente o un atenuante dentro de la decisión del desarrollo procesal por parte del operador judicial.

## BIBLIOGRAFIA

### FALLOS JUDICIALES

Corte Constitucional

Corte Constitucional. Sentencia T-687. 8 de agosto de 2003.

Corte Suprema de Justicia

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 0500131030092002-00445-01, (6 de septiembre de 2011).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 89065.21 de agosto de 1939. Gaceta Judicial, Tomo XLVIII, pág. 663

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Responsabilidad Estatal. 30 de junio de 1962., Gaceta Judicial Tomo XLVIII, pág. 663

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casacion. Sentencia 16789. 29 de abril de 1993.

Consejo De Estado

Consejo de Estado.Sección Tercera. Margarita Agudelo y otros Vs. Nación - DAS, 13543 (Consejo de Estado 30 de Marzo de 1994).

Consejo de Estado.Sección Tercera. Sentencia 1 de Marzo de 1994 Consejo de Estado, 68001-23-15-000-1994-0301-01 (14950).

Consejo de Estado Seccion Tercera. Sentencia Exp. 11.401 (2 de marzo de 2000).

Consejo de Estado. Sección Tercera. sentencia 15445. 28 de Abril de 2005.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia Exp. 15567, Expediente No. 15567. 4 de octubre de 2007.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 17.042. 13 de agosto de 2008.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 05001-23-31-000-1995-00036-01 (16911). 22 de Julio de 2009.

Consejo de Estado. Sección Tercera.. Sentencia 23001-23-31-000-2004-00878-01( 838382) 7 de Febrero de 2010).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia caso Campo Elias Cumbalanza Vs. ICBF, 52001-23-31-000-2002-01619-01. (10 de Julio de 2010).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia caso Nelsy Yaneth Henao y otros Vs. ICBF, 73001-23-31-000-1998-01364-01. (26 de Mayo de 2010).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia caso Jose Antonio Carballo Vs. ICBF, 41001-23-31-000-1994-07893-01 (23 de Junio de 2011).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia caso Nohelia Del Socorro Londoño Y Otros Vs. Municipio de Dosquebradas, 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067) (24 de marzo de 2011).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B Concepto 12-10, 190012331000200030207701 (41769) (19 de enero de 2012).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia caso Jose Vicente Vallejo Sanchez Vs. Municipio de Medellin, 01039 (23 de Mayo de 2012).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia caso Elda Martinez Vs. ICBF, 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533) (13 de Noviembre de 2013).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 29533. (13 de noviembre de 2013).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia Caso Fabian Sanchez (26470) (27 de Febrero de 2014).

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia Caso Yanidis Lucumi Guaza Vs. ICBF, 50001-23-31-000-2000-00116-01 (26 de Marzo de 2014).

## **TESIS**

BOADA, C. I. (2000). *EL DANO ANTIJURIDICO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO*. Bogotá: Universidad Javeriana.

## REVISTAS

Briceño Soto, G. E. (2011). RELACION ESPECIALES DE SUJECION. *UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA*, 3.

Ciro Nolberto Guecha Medina, P. D. (2012). La Falla en el Servicio: Una Imputacion Tradicional de Responsabilidad de Estado. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 95-109.

Constitucional, C. (1998). Sentencia C-33 . *JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA*, 109,110.

Duque, R. H. (1999). Sentencia del Consejo de Estado. *Jurisprudencia y Doctrina*, 251.

## LIBROS

Enterria, G. d. (2001). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

Gaitan, G. A. (2011). Responsabilidad Patrimonial del Estado por daños padecidos por menores de edad privados de la Libertad-. 2.

Galindo, J. C. (2006). *Galindo, Juan Carlos (2006). Lecciones de Derecho procesal administrativo, Volumen 1*. Bogotá: Universidad Javeriana. Bogotá D.C: Universidad Javeriana.

García Coronado, E. G. (2009). SUJECION APROXIMACION HISTORICA AL CONCEPTO. *UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA*, 1.

GIL, C. V. (2011). *RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO*. Bogota: Libreria Juridica.

Hernández, V. B. (2012). *El aura novita curia en la aplicación del derecho en la decisión judicial*. Medellín: Uniersidad de Antioquia.

- Hernandez, V. E. (2013). El iura novit curia en la aplicación de la decisión judicial. *Mejores trabajos de grado*, 25-30.
- Molano, R. (2005). *Las Relaciones de Sujeción especial en el Estado Social*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Publico.
- Muñoz, M. B. (1998). *Responsabilidad de los jueces y del estado*. Bogotá D.C: Ediciones librería del Profesional.
- normatividad. (s.f.). *esto con base en la Constitución Política de 1991, ley 1437 de 2011 y Jurisprudencia desarrollada por el Consejo de Estado*.
- Padilla, V. M. (2011). *Teis Una mirada a los saberes de accion de los profesionales en Trabajo Social en el Abordaje de familias adolescentes intructores de la Libertad*. Bogota: Universidad Nacional.
- Parada, R. (1992). *Derecho Administrativo Tomo I*. Madrid: Editorial Marcial Pons .
- Penagos, G. (2000). *EL DAÑO ANTIJURIDICO*. BOGOTA: Editorial.
- Tamayo, J. (2012). *Responsabilidad civil*. Medellin: Legis.
- Web grafía
- Fuentes, M. S. (16 de mayo de 2008). *Estudiantes maestrías derecho administrativo unilibre*. Recuperado el 16 de noviembre de 2014, de <http://maderalibre.blogspot.com/2008/05/responsabilidad-del-estado-material-de.html>
- Fundación Wikimedia, I. (9 de Marzo de 2013). <http://es.wikipedia.org>. Obtenido de <http://es.wikipedia.org>: [http://es.wikipedia.org/wiki/Iura\\_novit\\_curia](http://es.wikipedia.org/wiki/Iura_novit_curia)
- <http://www.gerencie.com/>. (22 de Diciembre de 2010). <http://www.gerencie.com/>. Obtenido de <http://www.gerencie.com/>
- UNAD. (2014). *Universidad Nacional Abierta y a Distancia*. Recuperado el 2014, de [http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe\\_109133/Modulo/MODULO\\_EXE/leccin\\_2\\_el\\_dao\\_antijuridico\\_en\\_la\\_responsabilidad\\_del\\_estado.html](http://datateca.unad.edu.co/contenidos/109133/eXe_109133/Modulo/MODULO_EXE/leccin_2_el_dao_antijuridico_en_la_responsabilidad_del_estado.html)
- Vasquez, O. P. (18 de Mayo de 2008). <http://www.olmedotributaristas.com>. Recuperado el 15 de marzo de 2014, de Olmedo tributaristas: [http://www.olmedotributaristas.com/Conceptos\\_Completos/ACCIONDEREPARACIONDIRECTA.html](http://www.olmedotributaristas.com/Conceptos_Completos/ACCIONDEREPARACIONDIRECTA.html)