



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta (30) de julio de 2015

REFERENCIA: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: FLOR EMILIA MONZÓN ANTONIO

DEMANDADO: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTRO

EXPEDIENTE: 150013331006702201300014

Agotados los ritos de la acción de reparación directa, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda: (fls. 3-33)

FLOR EMILIA MONZON ANTONIO, en representación de sus hijos **DIEGO LEONARDO HERNÁNDEZ MONZON** y **OSCAR DAVID HERNÁNDEZ MONZON** y, **CLAUDIA CAROLINA HERNÁNDEZ MONZON**, por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 86 del C.C.A., demandan al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y al **HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas: (fls. 3-4)

Solicita la parte actora: **(i)** se declare que la Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, son responsables administrativamente de la totalidad de daños y perjuicios por falla en el servicio, causados a los demandantes con ocasión del fallecimiento de su hijo y hermano José Alejandro Vergara Monzón, ocurrida el 31 de julio de 2004, en el Hospital San Rafael. **(ii)** Condenar a la Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja a indemnizar y pagar los perjuicios materiales causados a

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

los demandantes en la cuantía que se establezca y se demuestre dentro del proceso, reajustada a la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga, entre las cuales se incluirá por daño emergente, la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000), **(iii)** condenar a la Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, a indemnizar y pagar los perjuicios morales causados a los demandantes por el valor equivalente a DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.), para cada uno, a la fecha de ejecutoria de la sentencia y, conforme a la corrección de la demanda realizada por el apoderado de la parte actora, para la señora Flor Emilia Monzón, la suma equivalente a SEISCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS (600 S.M.L.M.V.) (fls.151-155), **(iv)** Condenar a la Nación – Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja a reconocer a los demandantes los intereses aumentados con la variación promedio mensual de Índice de Precios al Consumidor, desde la ejecutoria de la sentencia hasta el cumplimiento del pago total, **(v)** ordenar que las entidades accionadas den cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y, **(vi)** adoptar las demás determinaciones ordenadas por la Constitución Política, las leyes y reglamentos para el cumplimiento de las condenas.

1.3.- Fundamentos Fácticos

Los hechos en los que se fundamentan las pretensiones se resumen a continuación así:

Manifiesta el apoderado de la parte actora que los señores Flor Emilia Monzon Antonio y Juan Carlos Vergara Cruz, procrearon dentro de su relación afectiva temporal a su hijo José Alejandro Vergara Monzón

Que la señora Flor Emilia Monzon Antonio, el día 18 de marzo de 2004, al cumplir la semana treinta y ocho (38) por ecografía, inicia trabajo de parto por lo cual consulta al Servicio de Urgencias del Hospital San Rafael de Tunja de donde es trasladada al servicio de Ginecoobstetricia, siendo hospitalizada en la Sala de trabajo de Parto.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Que la señora Flor Emilia Monzon Antonio, presentó una ruptura de membranas de 10 horas de evolución, por lo que el Ginecoobstetra de turno realizó impresión diagnóstica de Ruptura Prematura de Membranas (R.P.M).

Que el trabajo de parto de la señora Flor Emilia Monzón Antonio se prolongó por espacio de diez (10) horas, al término de las cuales y con la última valoración por el Ginecólogo de turno, determinó que el feto venía en una variedad posterior con presentación de cara, por lo que ordenó traslado a salas de cirugía para terminar el trabajo de parto por vía alta abdominal (cesárea segmentaria trasperitoneal).

Que se obtiene producto sexo masculino con adaptación neonatal (apgar) de 7/10 al minuto y de 9/10 a los cinco minutos, con un peso de tres mil seis cientos (3.600) gramos y talla 52 centímetros.

Que la valoración pediátrica inicial da cuenta que el recién nacido presenta pabellones auriculares de implantación baja, aumento de la separación entre las cejas y globos oculares (hipertelorismo), lengua anormalmente larga (macroglia), aumento inusual de la separación entre primer y segundo dedos de ambas manos; presentando saturación de oxígeno por debajo de los parámetros normales, por lo que requirió manejo con oxígeno suplementario para alcanzar niveles óptimos de oxigenación sanguínea y necesitando por lo tanto ser manejado en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales.

Que con la valoración realizada por los Pediatras que brindaron atención primaria al recién nacido, efectuaron una impresión diagnóstica de "Síndrome de Down" (mongolismo).

Que los pediatras al observar los signos y síntomas que presentaba el recién nacido sumado a los requerimientos altos de oxígeno – terapia, sospechan malformaciones congénitas endógenas por lo que solicitan un Ecocardiograma Transtoracico y valoración por Genetista.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Que el Ecocardiograma Transtoracico fue realizado el día 26 de marzo de 2004, en el Hospital de la Misericordia de Bogotá, el cual concluyó:

"I. DEFECTO DEL SEPTO AV, TIPO INTERMEDIARIO CON VAL VULA AV UNICA CON DOS ORIFICIOS VALVULARES BIEN DEFINIDOS, OSTIUM PRIMIIUM DE 6mm DE DIÁMETRO. CIV DE ENTRADA AMPLIA HIPERTENSIÓN PULMONAR DE MODERADA A IMPORTANTE SECUNDARIA FUNCIÓN BIVENTRICULAR CONSERVADA DUCTUS ARTERIOSO CON LEVE REPERCUSIÓN HEMODINÁMICA EN EL MOMENTO.

RECOMENDACIONES

Se sugiere corroborar con otros datos clínicos y para clínicos (Rx de tórax y electrocardiograma) para definir conducta. Debe continuar con oxígeno para mantener saturación igual al 90%. Control clínico ecocardiográfico en un mes. "

Que de la misma manera, el Genetista con la valoración realizada al menor *-de lo cual obran soportes en la Historia Clínica-*, confirma el Diagnóstico de "Síndrome de Down", ordenando controles por consulta externa tanto para el neonato como para sus progenitores.

Que con fundamento en el Ecocardiograma, la Cardióloga sugiere continuar con oxígeno domiciliario a permanencia y nueva valoración y control por el servicio Especializado de Cardiología Infantil en un mes, contados a partir del 26 de abril de 2004.

Que por evolución satisfactoria del menor, el Servicio de Pediatría del Hospital San Rafael de Tunja, ordena su egreso a partir del 31 de marzo de 2004, con solicitud de oxígeno domiciliario a permanencia y controles por la consulta externa.

Que la Trabajadora Social del Hospital San Rafael de Tunja, solicitó el 31 de marzo de 2004, la intervención de la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF Regional Boyacá, en el caso del recién Nacido de la Señora FLOR EMILIA MONZON, indicándole que había sido dado de alta y que requería oxígeno domiciliario, el cual debía ser tramitado ante la Secretaría de Salud de Boyacá, y no lo habían

572

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja*

realizado los responsables del mismo y que pese a ser visitado por sus padres, ninguno asumía dicha responsabilidad de la consecución del mencionado oxígeno.

Que con base en lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, Regional Boyacá, se hizo cargo del menor y asumir de manera inmediata y sin procedimiento alguno de declaración de abandono, la custodia, protección y cuidado personal del menor, el cual fue entregado el mismo día treinta y uno (31) de marzo de 2004 a la señora María Emma Villamil Valvuela, madre sustituta asignada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

Que el día 14 de mayo de 2004, el menor fue registrado en la Notaria Segunda del Circulo Notarial de Tunja Boyacá, por parte de la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Boyacá, con el nombre de José Alejandro Vergara Monzón.

Que el día treinta (30) de julio de dos mil cuatro (2004), el menor José Alejandro Vergara Monzón, arribó a la Central de Urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, en brazos de miembros del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de la ciudad de Tunja, sin que se hiciera presente la madre sustituta o persona (s) que se encontraran a cargo o representante de Institución a cuya custodia, protección y cuidado personal estaba, que suministrara antecedentes personales y familiares del Menor Lactante.

Que el menor José Alejandro Vergara Monzón, a su ingreso a la Central de Urgencias del Hospital San Rafael, se encontraba en muy malas condiciones generales de salud, requiriendo intervención inmediata del personal médico y paramédico de dicha institución en aras de salvarle la vida, debido a la inestabilidad hemodinámica tan severa en que se encontraba, requiriendo reanimación canijo, cerebro, pulmonar (RCCP), intubación orotraqueal, ventilación mecánica y soporte inotrópico endovenoso, con traslado urgente a la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales

Que a pesar del tratamiento instaurado, el lactante menor JOSE ALEJANDRO VERGARA MONZON presentó deterioro agudo hemodinámico progresivo, entrando en paro cardio

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

respiratorio, sin respuesta a maniobras de reanimación, falleciendo el día treinta uno 31 de 'uno de dos mil cuatro 2004 a las 22:30 horas.

Que el servicio de Pediatría del Hospital San Rafael de Tunja, da como causa directa de la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón: *"Shock asfíctico secundario a paro cardiorrespiratorio"*, y como observación *"DESNUTRICIÓN SEVERA TIPO MARASMO"*.

Que el día 29 de abril de 2004, la señora Flor Emilia Monzón Antonio, madre del menor José Alejandro, presentó Derecho de Petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Boyacá, para que se le informaran las razones o motivos por los cuales había sido separada de su bebe, así como las circunstancias por las cuales hasta el momento no se le permitía conocerlo, indicando que en múltiples oportunidades se ha acercado a dicho Instituto para que se le informe el paradero y lo único que recibe son evasivas, al punto de informarle que no saben el paradero del menor.

Que el día 4 de mayo de 2004, se dio respuesta por parte del ICBF, al Derecho de Petición presentado por la Señora Flor Emilia Monzon, donde se le indicó que: *"el niño se reintegrará al grupo familiar una vez se compruebe que quedará en buenas condiciones físicas, socio familiares de cuidado integral, que no peligre su salud física ni mental."* Subrayas y resaltado fuera de texto.

Que pese a las constantes solicitudes de la señora Flor Emilia Monzón, el menor no fue reintegrado al grupo familiar, la última de las cuales data del 16 de julio de 2004.

Que la Señora Flor Emilia Monzon, ante las constantes negativas por parte del ICBF, para reintegrar el menor a su familia, acudió a la intervención de la Procuraduría Delegada 28 Judicial II, para Asuntos de Familia de Tunja, la cual luego de una minuciosa investigación, en Oficio No. 264 del 26 de Julio de 2004, dirigido a la Directora Regional del ICBF Regional Boyacá, coadyuvó la última solicitud efectuada por la Madre del menor, para que el mismo le fuera devuelto, ya que pudo establecer que los derechos del menor José Alejandro Vergara Monzón, más que encontrarse

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

vulnerados, o ser objeto de peligro o abandono *en* cabeza de sus padres, lo están siendo en la situación de colocación familiar ordenada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Que la mencionada solicitud, no alcanzó a tener eco en dicha entidad, ni fue decidida, dado que el 30 de julio de 2004, fue hospitalizado el menor en el Hospital San Rafael de Tunja, con suma gravedad, el cual falleció el día 31 de Julio del mismo año, no alcanzando a ser reintegrado a su familia, concretamente al seno de su progenitora, pese a las constantes solicitudes.

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF Regional Boyacá, a través de la Defensoría de Familia, vulneró el término establecido en el Artículo 37 del Código del Menor, para la investigación y practica de pruebas para determinar las circunstancias que configuraban abandono en el caso del menor JOSE ALEJANDRO VERGARA, al término de los cuales debió ser reintegrado a su familia, sino fue posible determinar dichas causas y circunstancias o haber adoptado de manera provisional las medidas de que tratan los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 57 de la misma normatividad.

En este punto, debe precisarse que en el acápite de hechos, se consignaron varios argumentos que buscan establecer la responsabilidad de la demandada en el presente asunto y el consecuente reconocimiento de los perjuicios ocasionados a los accionantes. Por considerar que se trata de razonamientos que constituyen ataques directos contra la decisión administrativa objeto de la demanda, el Despacho, en atención a las facultades que tiene el juez de interpretar la demanda, los incorporara en los fundamentos de la acción, los cuales se concretan a continuación.

1.4. Fundamentos de la acción

Expresa el apoderado de la parte actora, que de conformidad con la historia clínica que reposa en el Hospital San Rafael de Tunja a nombre del menor José Alejandro Vergara Monzón, dicho paciente no recibió atención médica ni control especializado por parte de los servicios de pediatría, cardiología infantil y genética con posterioridad al egreso

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

de dicho ente hospitalario, las cuales eran indispensables y obligatorias, teniendo en cuenta las enfermedades de base que tenía el paciente en mención.

Con la separación del menor José Alejandro Vergara del cuidado y protección de su progenitora Flor Emilia Monzón por parte del ICBF - Regional Boyacá, se vulneraron los derechos fundamentales del menor a tener una familia y a gozar de la protección de una madre, ya que es un hecho notorio que el menor desposeído de la asistencia materna es víctima de una situación en estricto sentido antinatural, privándolo del derecho a ser tratado con amor y cariño, siendo la institución familiar el ambiente más apropiado para el normal crecimiento, nutrición y formación del niño como persona, prueba de este arraigo y privación a que fue sometido José Alejandro, es el estado de "*desnutrición severo tipo marasmo*", que presentaba al momento de su fallecimiento, ocasionado por la ausencia de lactancia y por carencia de las proteínas propias y exclusivas que solamente aporta la leche materna, o en su defecto leche maternizada, la que no le fue suministrada en forma adecuada, tal como lo demuestra su deterioro nutricional.

Manifiesta que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, es el órgano supremo que dirige las políticas Protección a los menores y a sus familias, las cuales establecen como deber del Estado, la efectiva protección y garantía a la vida, a la salud y a la integridad de los niños, postulados que en el presente caso brillaron por su ausencia por falta de control, vigilancia y supervisión sobre la madre sustituta designada por dicha institución, por ausencia de capacitación y conocimientos sobre el manejo de menores especiales.

Es así como la Nación Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "ICBF" y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, son responsables por falla en el servicio, pues si hubiesen seleccionado, formado, capacitado a sus agentes, así mismo si hubiesen actuado como lo establece la ley, no habrían sucedido los hechos por los cuales se entabla esta demanda, lo que ha llenado de dolor, desasosiego, impotencia y pesar a la familia aquí demandante, ya que fueron privados del menor José Alejandro Vergara Monzón sin causas justificadas.

574

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

El menor José Alejandro Vergara Monzón, fue separado de su Progenitora Flor Emilia Monzón Antonio sin su consentimiento, de manera abiertamente irregular por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF Regional Boyacá, sin un procedimiento administrativo justo y adecuado, que demostrara fehacientemente que dicho menor se encontraba en abandono total por parte de sus progenitores, el que una vez fue dado de alta del Hospital San Rafael, fue arrebatado por dicha Institución, con la simple solicitud de la trabajadora social de dicho centro médico la que indicó que los padres del menor no asumían la responsabilidad en la consecución del oxígeno domiciliario, manifiesta que se debió a sus escasos recursos económicos y al grave estado de salud que para dicho momento presentaba la madre del menor por infección del sitio quirúrgico y depresión pos parto.

Expresa que, teniendo en cuenta las condiciones deplorables de salud como consecuencia de la desnutrición severa tipo "MARASMO" en que arribó el menor lactante a la central de urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, el día 30 de julio de 2004, demuestra la ausencia total de protección, cuidado, alimentación adecuada y controles médicos necesarios en vista de las enfermedades que padecía el menor José Alejandro, lo que constituye una abierta vulneración de los derechos fundamentales del mismo y un posible maltrato infantil.

Dice que el lactante menor arribo a la central de Urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, por intermedio de efectivo de Bomberos de la Ciudad de Tunja, sin la compañía de la madre sustituta ni de funcionario alguno de ICBF, entidad que se encontraba a cargo de su protección, lo que demuestra el total desinterés por la protección de sus derechos fundamentales como son a la salud, a la vida, a la solidaridad, entre otros, así como a los derechos naturales, de amor, cariño y afecto, pese a que dicha entidad asumió la protección y cuidado del menor de manera voluntaria, arguyendo supuesto abandono de su familia.

Si bien dentro de la historia clínica, el Pediatra concluye como diagnóstico principal de muerte "shock asfíctico secundario a paro cardiorrespiratorio", adicionalmente solicitó

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

"autopsia para definir posible causa de muerte", procedimiento este último, que al parecer no fue practicado de conformidad con los registros existentes en la historia clínica, al igual que con la información suministrada por la madre del menor fallecido; lo que constituye una grave irregularidad por parte del Hospital San Rafael de Tunja así como del ICBF, ya que quedó sin establecer la causa de la muerte de José Alejandro, máxime que se trataba de un menor especial bajo la protección del estado, cuyo deceso se produjo en condiciones de maltrato infantil por desnutrición severa, lo que ameritaba su judicialización por parte del centro hospitalario, y de esta forma acatar la orden impartida por el pediatra, practicándose necropsia médico legal.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 1 de agosto de 2006, ante la Oficina Judicial de Tunja, correspondiendo su conocimiento por reparto al Despacho de la Magistrada, Dra. Luisa Mariana Sandoval. Mediante auto de fecha seis (6) de septiembre del año 2006, se admitió la demanda (fls. 134-135), aclarado mediante proveído del dieciséis (16) de mayo de 2007 (fld. 140-141) se notificó personalmente a los entes demandados el seis (6) de agosto de 2007 (fls.147 y 149), siendo contestada la demanda en término (fls.157-164 y 248-251). El demandante presentó corrección a la demanda el 24 de agosto de 2007 (fls. 151-155), la que fue admitida mediante auto del treinta y uno (31) de octubre de 2007 (fl.266), la que se notificó personalmente a los demandados los días 12 y 14 de marzo de 2008 (fls.271 y 273), siendo contestada por las accionadas en término (fls.275-276 y 278-285). Mediante auto del 11 de febrero de 2009, abrió el proceso a pruebas (fls. 308-311). En auto del 25 de julio de 2012, el Despacho de la magistrada, Dra. Patricia Salamanca Gallo, conforme a los Acuerdos No. PSAA11-8361, PSAA11-8596 y PSAA12-9524, proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala, avocó el conocimiento del presente asunto (fl.484). Mediante proveído del veintinueve (29) de mayo de 2013, decretó la nulidad de lo actuado *-por falta de competencia-*, a partir del auto del seis (6) de septiembre *-inclusive-* (fls.519-520). Acorde a lo anterior, correspondió por reparto el conocimiento del presente asunto al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Tunja (fl.521). En proveído del veintisiete (27) de noviembre de 2013, admite la demanda, notificándose

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

personalmente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 19 de mayo de 2014 (fl.536) y a la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, el doce (12) de agosto de 2014 (fl.538), las partes no contestaron la demanda. Mediante auto del diez (10) de septiembre de 2004, se abrió el proceso a pruebas (fl.541). En auto del 6 de marzo de 2014, este Despacho, conforme a los Acuerdos No. PSAA14-10277 del 19 de diciembre de 2014, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura¹ y No. CSJBA 15-418 del 13 de enero de 2015² expedido por la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la judicatura de Boyacá y Casanare, avocó el conocimiento del presente asunto. (fl.557). Finalmente, mediante proveído del veinticinco (25) de mayo de 2015 se corrió traslado para alegar de conclusión (fl.559).

2.1. Contestación de la demanda

Vencido el término de fijación en lista, las partes no hicieron pronunciamiento alguno.

2.2. Pruebas

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento del menor José Alejandro Vergara Monzón (fl.34).
- Copia simple del registro civil de nacimiento de Oscar David Hernández Monzón (fl.35).
- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Diego Leonardo Hernández Monzón (fl.36).
- Certificado de registro civil de nacimiento de Claudia Carolina Hernández Monzón (fl.37).
- Solicitud presentada por la señora Flor Emilia Monzón Antonio al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con copia a la Procuraduría 28 judicial de Familia con fecha de recibido del 30 de abril de 2004 (fls.38-39)

¹ El que no prorrogó la continuidad de los Juzgados Administrativos de Descongestión del Circuito de Tunja.

² Mediante el cual se reasignan a los respectivos Juzgados Administrativos Permanentes de origen los procesos que se encontraban a cargo de los dos (2) Juzgados Administrativos en Descongestión de Tunja"

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa Nº 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

- Oficio No. 15-1020-291 del 4 de mayo de 2004, en el que la Defensora de Familia da respuesta a derecho de petición presentado por la señora Flor Emilia Monzón Antonio (fl.40).
- Solicitud presentada por la señora Flor Emilia Monzón Antonio al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con fecha de recibido del 16 de julio de 2004, a fin de que se le haga entrega del menor José Alejandro Vergara Monzón (fl.41).
- Copia de la historia clínica (fls.42).
- Declaración de la señora Gloria Esperanza Medina Alba, Defensora de Familia que llevó el proceso del menor José Alejandro Vergara Monzón (fls.366-381).
- Declaración de la señora Patricia Virginia Guarín González, Trabajadora Social de la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja (fls. 382-387).
- Interrogatorio de parte de la señora Flor Emilia Monzón Antonio (fls.388-390)
- Copia del protocolo de necropsia correspondiente al menor José Alejandro Vergara Monzón (fls.412-416).
- Copia de historia clínica correspondiente a la señora Flor Emilia Monzón Antonio, de la E.S.E. Centro de Salud de Motavita (fls.421-426).
- Respuesta a oficio de LMSM-0219 del 23 de marzo de 2010 (fl.431),
- Declaración de Victoria Eugenia Segura, Procuradora de Familia que coadyuvo la solicitud presentada por la señora Flor Emilia para que le devolvieran el menor (fls.445-450)
- Dictamen pericial practicado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls.467-480).
- Copia de la Providencia del 6 de mayo de 2005, en el que la Unidad de Reacción Inmediata de Tuja –Fiscalía Sexta, a través del cual, en la que se abstiene de abrir investigación por la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón (508-515)
- Testimonio de la señora Victoria Eugenia Segura de Gómez (fls.445-449)
- Dictamen pericial realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls.467-470 y 474-480).
- Copia auténtica de la historia de protección al menor José Alejandro Vergara Monzón allegada por el ICBF (Cuaderno anexo 1).
- Copia de la investigación penal adelantada por la muerte del menor José Alejandro Vergara (cdrno anexo 2)

526

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

- Copia del trámite del I.C.B.F., en relación con la situación del menor José Alejandro Vergara Monzón (cdrno anexo 3).
- Copia auténtica correspondiente a las diligencias adelantadas por la Procuraduría 28 Judicial de Familia (cdrno anexo 4)

2.3. Alegatos de conclusión.

2.3.1. Parte actora

Concluye el apoderado de la parte demandante que la forma como ocurrió la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón, y las circunstancias de ésta, ubican la responsabilidad en cabeza del Estado y, particularmente en el ICBF y el Hospital San Rafael de Tunja, al configurarse los siguientes elementos axiomáticos:

- a) El hecho generador de la falla del servicio de la administración plenamente establecido con los argumentos y pruebas recogidas procesalmente.
- b) El daño cierto como es la muerte de la víctima, que implicó la lesión del bien jurídico de la vida, protegido y tutelado por el estado social de Derecho.
- c) La relación de causalidad entre la falla del ente público y el daño cierto.

Inequívocamente, la actividad de la administración fue la causa del daño sufrido, evidenciándose la relación entre la falla y el daño objetivado, lo que arroja que habiéndose configurado un nexo causal – instrumental, el arrebatamiento del menor por el ICBF, sin un procedimiento administrativo adecuado y proporcional a los fundamentos que le sirvieron de causa, se tiene como efecto el último elemento denominado imputación, lo que significa que el llamado a responder y resarcir los perjuicios son las accionadas, tal y como se probó fehacientemente.

2.3.2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Manifiesta la apoderada de la parte actora que se opone a las pretensiones de la demanda en la medida que el fallecimiento del menor no obedeció a hechos u

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

omisiones realizadas por la entidad, al contrario, desde que se tuvo conocimiento de la existencia del menor y de su abandono, el ICBF, solo se preocupó por el bienestar del mismo, respondiendo al llamado que hiciera la trabajadora social del Hospital San Rafael de Tunja, al informar que existía un bebe que nació en ese ente hospitalario el 18 de marzo de 2004 y, que por evolución satisfactoria del paciente, el servicio de pediatría del hospital había ordenado su egreso a partir del 31 de marzo de 2004, con oxígeno domiciliario.

Que en vista que los padres no habían realizado las gestiones necesarias para el suministro del mentado oxígeno ante la Secretaria de Salud, se solicitó entonces ese mismo día la intervención de la Defensora de Familia del ICBF Regional Boyacá, con conocimiento y aprobación del padre, asignándole así y procediendo a entregarle el bebe a la madre sustituta María Emma Villamil Valvuená.

Explica que si hubo un procedimiento legal para tomar la determinación de darle al bebe a una madre sustituta, pues insiste, existió un llamado por parte de la trabajadora social del Hospital San Rafael con aquiescencia del padre del menor, en vista de la ausencia de la madre del mismo, aunado a lo anterior, se realizaron entrevistas por parte de del personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a los familiares, como la tía y los abuelos paternos del menor fallecido, así como los padres del mismo, para lograr establecer si estaban en la capacidad de cuidar al bebe.

Indica que debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a la fecha en que ocurrieron los hechos, que la legislación vigente para la época de los mismos era la contenida en el artículo 29 y ss del Código del menor. Entonces, la legislación ha señalado como derecho de protección que los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra el abandono.

Dice que no se puede excusar ahora la parte actora en un mal procedimiento para salvar y cuidar la vida del menor, cuando por todos lados de las pruebas recaudadas, nos encontramos ante un abandono, precedido de problemas incluso desde la gestación del bebe, por las continuas agresiones que se infringiere la madre al

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

golpearse el estomago y por las constantes peleas que tuvo con el padre antes y después del nacimiento del infante.

Expresa que no puede desconocerse que la señora Flor Emilia no prestó colaboración alguna con los profesionales de la salud y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como para que ahora quiera tratar de hacer ver el fallecimiento del menor como consecuencia de un procedimiento ilegal sumado a una desnutrición severa, la cual de acuerdo a lo establecido por los profesionales como el caso de la perito y de la doctrina que trajo a colación en el dictamen, la misma obedeció a la hipertensión pulmonar secundaria a cardiopatía congénita oxígeno dependiente en asocio con Síndrome de Down.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Problema Jurídico a resolver:

El asunto a resolver se contrae a establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, son responsables de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón, ocurrida el día 31 de julio de 2004.

3.2. Argumentos y sub argumentos para resolver el problema jurídico planteado:

3.2.1. Régimen de Responsabilidad y título de imputación

La Constitución Política de 1991 consagró expresamente, a diferencia de la anterior Carta Política, una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Según el Art. 90 Superior, los elementos que configuran dicha responsabilidad son el daño antijurídico y la imputación del mismo a la entidad pública demandada.

Corolario de lo anterior, se encuentran establecidos dos tipos de régimen de responsabilidad extracontractual, a saber: el objetivo y el subjetivo, en el primero, la responsabilidad se fundamenta en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo, en el segundo, la responsabilidad se basa en la conducta del autor del daño, es decir, que para determinar si se encuentra en presencia de ésta, no basta con que se presente un daño, sino que es necesario que éste haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del daño

Así, entre los regímenes de responsabilidad subjetiva se encuentra la de falla en el servicio, cuyo elemento fundamental para atribuir responsabilidad al estado es la culpa de la administración o en otras palabras, la falla en la prestación del servicio que corresponde al estado, la cual puede generarse por acción o por omisión, por extralimitarse en sus funciones o por no cumplirlas.

Ahora, en relación con la imputación del daño antijurídico producido a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios adscritos al ICBF, el H. Consejo de Estado en sentencia del 13 de noviembre de 2013³, explicó:

“En Colombia con la Ley 7 de 1979, 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.

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

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Rad. 25000-23-26-000-2001-00298-01 (29533), sentencia del trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013).

578

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

artículo 13 superior; **ii)** el principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de 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; **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 Estad.

De otra parte, esta Corporación ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o 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 a dicho Instituto. Sobre el particular, la Sala ha discurrido de la siguiente forma:

“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.

“A la luz de las anteriores normas y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, tanto directas como indiciarias, la Sala deduce con certeza, como lo hizo el a quo, que en el caso sub judice se estructuró una falla del servicio por omisión a cargo de la administración, en este caso el ICBF, dado que el niño MAYCOL ESTEVENS RAMIREZ CADAVID falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora AURA INES PELAEZ DE ECHEVERRY, cuando esta se encontraba ausente del Hogar, es decir, que fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente al cuidado del niño.

“.....
.....

“De las disposiciones citadas y lo declarado por la madre comunitaria se puede advertir que de la forma como lo sostiene la entidad demandada en realidad aquella no tiene relación laboral con ésta pues depende jerárquicamente y organizativamente de la Asociación de Padres exclusivamente.

“Empero, debe precisarse que la responsabilidad patrimonial del Estado no sólo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.

“Los hogares comunitarios fueron concebidos institucionalmente como un programa a manera de mecanismo de participación de la misma ciudadanía de escasos recursos como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se le ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto.

“Asimismo, pueden comentarse otras circunstancias que también permiten su vinculación, como son: la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; la capacitación y escogencia del personal que los manejarán, entre otros. 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 citada en forma mancomunada en la prestación del servicio público. Dichos 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 un cometido público que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar como rueda suelta de todo el endrenaje (sic) que para tal efecto ha diseñado el Instituto.

“En el asunto sub-examine la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a su nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos y desarrolla en su representación los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Por ende sus acciones o sus omisiones son responsabilidad del Instituto (negritas y subrayas fuera de los textos originales).

De conformidad con todo lo anterior, ha de concluirse que siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y 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.”

529

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

En el mismo sentido, en relación con el deber que tienen las madres comunitarias sobre las personas que se encuentran a su cargo, el H. Consejo de Estado en Sentencia del 26 de marzo de 2014⁴, explicó:

*“El ICBF a través del Hogar Comunitario de Bienestar, (...) tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad del menor (...); sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre el niño puesto bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, el menor sufrió quemaduras de II y III grado con agua hirviendo que alteraron sus condiciones de salud y posteriormente le produjeron la muerte, heridas que se ocasionaron mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF. Por consiguiente, para el asunto sub examine, encuentra la Sala incuestionable el hecho de que **el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el menor (...) resultara lesionado**. Así como también es claro, que dicha actividad debe contar con algunos estándares de calidad que deben ser seguidos por las madres comunitarias en el cuidado de los niños y niñas a su cargo con el fin de evitar ponerlos en riesgo y/o provocar graves accidentes, por conductas imprudentes que bien se hubieran podido evitar y que como en el presente caso han terminado con la muerte del menor. En consecuencia, **el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que dejar un recipiente con agua hirviendo en una zona frecuentada por los niños en las instalaciones del Hogar Comunitario en cuestión y sin la correspondiente supervisión de un adulto pudiere ocasionar alguna afectación a la vida o integridad física de los menores. Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso. En casos similares a los analizados en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas en incapacidad absoluta -pacientes psiquiátricos-, puestas al cuidado y protección de entidades estatales que deben garantizar su seguridad, vigilancia y custodia (...) si bien el anterior antecedente jurisprudencial resalta las obligaciones de protección, cuidado, vigilancia y custodia que deben cumplir los centros de salud respecto de los pacientes psiquiátricos -incapaces absolutos-, lo cierto es que dichas obligaciones resultan predicables también respecto de los Hogares Comunitarios en los cuales se ponen bajo su cuidado y protección a personas menores de 14 años, las cuales no tienen la capacidad para autodeterminarse y autoprotgerse, amén de que en ambos casos se está en presencia de personas que se encuentran en debilidad y/o vulnerabilidad manifiesta.** (Negrilla fuera de texto)*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077), sentencia del (26) veintiséis de marzo de dos mil catorce (2014).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

En pronunciamiento más reciente⁵, el H. Consejo de Estado en relación con lo que se denomina "*posición de garante institucional*", establece:

Esta tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación -desde la perspectiva de la imputación objetiva- a la posición de garante de la administración, donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁰ es necesario para considerar si había lugar a la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico y así motivar el juicio de imputación.

“... hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos ”. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”

Dicha formulación no supone, y en esto es enfática la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que una vez demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C; Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 680012315000199902617 01 (30924) sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015).

580

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Conforme a lo visto, se tiene que los eventos de daños acaecidos a los menores que se encuentran bajo custodia y protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, vienen siendo tratados por la jurisprudencia bajo un régimen **subjetivo de responsabilidad**, a través de la teoría de falla del servicio. Esta situación implica, que la estructura de la responsabilidad está compuesta por elementos subjetivos en los cuales se califica la conducta de la administración, desde su adecuación o idoneidad con el servicio, vale decir, la falla.

No es pie de página

No obstante lo anterior, el H. Consejo de Estado ha explicado que el régimen de responsabilidad llamado a regular situaciones relacionadas con el daño irrogado a niños o niñas que están bajo la custodia del ICBF, es el régimen de responsabilidad objetivo, imputable, prima facie, bajo los postulados del daño especial, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas. Así, existen dos circunstancias que hacen aplicable el título de objetivo de responsabilidad de daño especial a saber: **(i)** la naturaleza, rango y especial protección que recae sobre los derechos de los niños y niñas del país y, **(ii)** la finalidad y objetivos propios del servicio público esencial de bienestar familiar.

3.2. Cuestión previa

3.2.1. De las pruebas trasladadas

Es del caso precisar que en el presente asunto, obran en el expediente, en relación con los hechos objeto de la demanda, copias de la investigación penal y de la historia de atención No. 15B 267 2004, correspondientes al menor José Alejandro Vergara Monzón, en las que al haber sido allegadas por las partes y/o haber participado en su práctica la parte contra la que se aducen, tienen pleno

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Reparación Directa N° 15001333170220130001400
 Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
 Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

valor probatorio, atendiendo a los precedentes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado sobre el tema.

Al respecto, en sentencia del 30 de enero de 2013, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, explicó⁶:

Es del caso precisar que en el presente asunto, obran en el expediente, en relación con los hechos objeto de la demanda, copias de la investigación penal las que este Despacho no dará valor probatorio, como pasa a explicarse. El H. Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2013, sobre el tema explicó⁷:

"(...)

"La Sala tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 168 del C.C.A: "En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración". Así mismo, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil: "Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella".

*"De la dilatada jurisprudencia de la Sala cabe extraer ciertos criterios con base en los cuales debe valorarse y apreciarse la prueba trasladada: i) en "punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos: - Que hayan sido válidamente practicadas. - Que se trasladen en copia auténtica. - Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella"; ii) **la prueba trasladada del proceso penal ordinario a petición únicamente de la parte demandante no puede ser valorada; iii) la ratificación de la prueba trasladada se sufre con la admisión de su valoración; iv) se puede valorar como inidicio la prueba trasladada***

⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de de 9 de mayo de 2012. Exp.20334. Reiterada en Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 25576. C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de de 9 de mayo de 2012. Exp.20334. Reiterada en Sentencia del 30 de enero de 2013. Exp. 25576. C.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

581

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa Nº 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

del proceso penal. En ese sentido, en la jurisprudencia se sostiene que las "pruebas trasladadas de los procesos penales y, por consiguiente, practicadas en éstos, con audiencia del funcionario y del agente del Ministerio Público, pero no ratificadas, cuando la ley lo exige, dentro del proceso de responsabilidad, en principio, no pueden valorarse. Se dice que en principio, porque sí pueden tener el valor de indicios que unidos a los que resulten de otras pruebas, ellas sí practicadas dentro del proceso contencioso administrativo lleven al juzgador a la convicción plena de aquello que se pretenda establecer"; v) en cuanto a las pruebas trasladadas desde los procesos disciplinarios y penal militar se consideran los siguientes criterios: a) las "pruebas trasladadas y practicadas dentro de las investigaciones disciplinarias seguidas por la misma administración no requieren ratificación o reconocimiento, según sea el caso, dentro del proceso de responsabilidad"; b) la prueba trasladada del proceso penal militar y de la investigación disciplinaria puede valorarse ya que se cuenta con la audiencia de la parte contra la que se aduce, por ejemplo la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional-Policía Nacional; vi) en cuanto a los testimonios que obran en proceso o investigaciones disciplinarias se sostiene: a) que "no necesitan ratificación, pero esto hay que entenderlo, como es obvio, frente a las personas que intervinieron en dicho proceso disciplinario, o sea el funcionario investigado y la administración investigadora (para el caso la Nación). Desde luego, entonces, esas declaraciones, para hacerlas oponibles, debieron ratificarse en la forma prevista en el artículo 229 del C. de P.C."; b) la prueba testimonial rendida ante la jurisdicción ordinaria y trasladada no puede valorarse ya que no fue ratificada y no fue peticionada de común acuerdo; vii) "la Sala, en aplicación del principio de lealtad procesal, ha reiterado que hay casos en los cuales sin ratificación del testimonio, el mismo puede y debe ser válidamente apreciado cuando es allegado a petición de una de las partes y la otra parte estructura su defensa con fundamento en aquél, o cuando las dos partes lo solicitan como prueba, una en la demanda y la otra en el escrito de contestación, siempre que sean allegados en copia auténtica, porque así lo dispone la norma general sobre prueba trasladada (art. 185 C.P.C)"; viii) en "relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito", salvo: a) cuando la prueba documental trasladada puede valorarse "toda vez que ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla"; b) la prueba trasladada puede ser valorada cuando fue utilizada por la contraparte, por ejemplo demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión; ix) el "legislador supeditó la valoración de las pruebas trasladadas al cumplimiento de los requisitos

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

procesales exigidos, más no consagró como obligación de la parte que solicita la prueba el señalamiento expreso de las piezas procesales que pretende trasladar. No obstante, el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas"; x) las inspecciones judiciales y los dictámenes periciales no pueden trasladarse a procesos distintos de aquéllos en los que fueron practicados, salvo que lo hayan sido con audiencia de la parte contra la que se aducen; xi) cuando se trata de prueba trasladada en copia simple por la demandante, y teniendo especial consideración por las específicas situaciones de vulneración de derechos humanos, cabe aquella documental o informes siempre que haya obrado durante todo el proceso y la parte contra la que se aduce la haya utilizado para su defensa (contestación, alegatos o incluso en la sustentación o alegatos del recurso de apelación); xii) puede valorarse la prueba trasladada cuando la parte demandada se allana expresamente e incondicionalmente a la solicitud de pruebas presentada por la parte demandante en la demanda; xiii) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por autoridad pública aportado e invocado por la parte demandante."

Conforme al aparte jurisprudencial antes transcrito, como en el caso bajo estudio, el apoderado de la parte demandante solicitó en los numerales 1, 2 y 5 del acápite "DOCUMENTAL QUE SOLICITO MEDIANTE OFICIO" del líbello demandatorio, copia de el trámite realizado por la señora Flor Emilia Monzón ante la Procuraduría Veintiocho Judicial II para Asuntos de Familia con sede en Tunja, en relación con la medida de protección asumida por el ICBF frente al menor José Alejandro; copia de la investigación penal que se adelantó en razón a la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón, en la que participó la señora Emma Villamil, -madre sustituta y el ICBF -las que al haber sido allegadas por la entidad se reputan como auténticas- y, copia de la historia de protección al menor llevada a cabo por el ICBF-, el que sea del caso decirlo, fue allegado también por el ICBF-, al haber participado en cada una de estas pruebas, la parte contra la cual se aducen, en este caso el ICBF, el Despacho las valorará y apreciará según corresponda.

3.3. Caso concreto

Manifiesta la parte actora que, tanto el ICBF como el Hospital San Rafael de Tunja, son responsables de los perjuicios a ellos ocasionados en razón a la muerte del menor José

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Alejandro Vergara Mozón, en razón a que, por un lado, la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, de forma apresurada y sin autorización o intervención de la madre del menor, solicitó e hizo entrega del mismo a la madre sustituta encargada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo que privó al bebe de la atención y cuidado que podía darle la madre, actuación que contribuyó con la muerte del menor y, consecuentemente, que la madre sustituta designada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no proveyó la atención y el cuidado que requería el menor atendiendo a las afecciones que padecía.

Por su parte, las entidades accionadas manifiestan que la medida de colocación familiar adoptada en el caso del menor José Alejandro Vergara, se dio en cumplimiento a lo ordenado por la ley, con el fin de dar la protección que en el momento en que se acogió la misma, requería el menor, y que, contrario a lo manifestado por la parte actora, la atención brindada a José Alejandro fue adecuada y oportuna.

Así las cosas, a fin de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho comenzara por analizar la presencia de los elementos de la responsabilidad en el presente asunto.

3.3.1. Del daño

El daño como elemento de responsabilidad estatal, constituye desde la óptica de los hechos un fenómeno de orden físico, esto es, la aminoración o alteración de una situación favorable de la persona (elemento material); ahora, la calificación de su antijuridicidad depende de su oposición directa con el ordenamiento jurídico, en la medida en que éste no imponga la obligación de soportar la carga dañosa (elemento formal)⁸.

En el sub-lite, se tiene acreditado que el menor José Alejandro Vergara Monzón falleció el día 30 de julio de 2014, lo que se demuestra con la copia del Registro Civil de Defunción obrante a folio 137 del cuaderno anexo 3 y el informe de necropsia No. 158-2004 (fls.412-416)

⁸C.f. Adriano de Cupis, El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil. Traducción de la Segunda Edición italiana. Barcelona, Bosch, 1975, p. 84.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

3.3.2. Imputabilidad del daño

De acuerdo con la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para que el daño devenga antijurídico y de contera pasible de indemnización, debe ser imputable jurídicamente a la entidad pública demandada.

Entonces, a fin de determinar en el caso bajo examen, la presencia de este elemento de la responsabilidad, es del caso precisar que, la parte actora la atribuye a las entidades demandadas en: **(i)** que la E.S.E. Hospital San Rafael de Tunja, **de manera apresurada y sin contar con la autorización o intervención de la señora Flor Emilia**, solicitó e hizo entrega del menor José Alejandro, a la madre sustituta encargada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, lo que privó al bebe de la atención y cuidado que podía darle la madre, actuación que contribuyó con la muerte del menor y, **(ii)** consecuentemente, que la señora María Emma Villamil, madre sustituta designada por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no proveyó la atención y el cuidado que requería el menor conforme a las afecciones que padecía.

Así, pasa el Despacho a analizar cada uno de los puntos señalados.

(i) Del trámite surtido para la toma de la medida de colocación familiar sobre el menor José Vergara Monzón

En relación con el trámite que debe surtirse en aquellos casos en que un menor se encuentra en situación de abandono, el Código del Menor –Decreto 2737 de 1989, vigente para la época de los hechos- establecía en su Art. 31:

"ARTÍCULO 31. *Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:*

...

2. *Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.

(...)"

A su vez, el artículo 32 de la norma en mención, impone el deber a toda persona que tenga conocimiento de la situación de abandono o peligro en que se encuentre un menor, de informar de dicha situación al Defensor de Familia del lugar más cercano o en su defecto, a la autoridad de policía, a fin de que adopte las medidas necesarias para su protección.

En el mismo sentido el Art. 33 ibídem, asigna el deber a los directores de hospitales y demás centros asistenciales de informar sobre los menores abandonados en sus dependencias o que ingresen con signos visibles de maltrato y, a ponerlos a disposición del respectivo Centro Zonal o Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, dentro de los ocho (8) días siguientes a la ocurrencia del hecho.

Ahora bien, en relación con el trámite que se debe surtir a fin de lograr la protección del menor, el Código del Menor –Decreto 2737 de 1989, vigente para la época de los hechos- establece:

“ARTÍCULO 36. Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones.

ARTÍCULO 37. El Defensor de Familia, de manera inmediata al conocimiento del hecho, abrirá la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor. En el mismo auto podrá adoptar, de manera provisional, las medidas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 57. Las diligencias y la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de la investigación, deberán ejecutarse dentro de un plazo máximo de veinte (20) días.

(...)

ARTÍCULO 38. El Defensor de Familia, antes de pronunciar su decisión, oírá el concepto de los profesionales que hacen parte del equipo técnico del Centro Zonal del Instituto Colombiano de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Bienestar Familiar o de la respectiva Regional y entrevistará al menor sujeto de la protección, con el objeto de obtener la mayor certeza sobre las circunstancias que lo rodean y la medida más aconsejable para su protección.

(...)

ARTÍCULO 49. *La Resolución en que se declare la situación de abandono o de peligro de un menor, deberá ser notificada personalmente, de acuerdo con los trámites del artículo 39, a quienes hubieren comparecido.*

(...)"

De igual forma, el Art. 57 ibídem, establece que en la resolución mediante la cual se declare un menor en abandono o peligro se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección: **(i)** la prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa, **(ii)** la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos, **(iii) la colocación familiar**, **(iv)** la atención integral en un Centro de Protección Especial, **(v)** la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono y **(vi)** cualesquiera otra medida cuya finalidad sea la de asegurar el cuidado personal, proveer a la atención de las necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen la salud o formación moral del menor.

Así las cosas, en relación con el trámite realizado por las entidades demandadas, y que conllevó a que el menor José Alejandro, estuviera bajo custodia de la madre sustituta, señora María Emma Villamil desde el 31 de marzo de 2004, se encuentra:

A folio 5 del cuaderno anexo 3, copia de oficio de 31 de marzo de 2004, suscrito por la Trabajadora Social y el Gerente de la E.S.E. Hospital San Rafael, y dirigida a la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, señora Gloria Esperanza Medina Alba, mediante el cual solicita la intervención de dicho instituto "en el caso del R.N. Hijo de señora Flor Alba Monzón Antonio, hospitalizado en el servicio de Recién Nacidos cuna 10, dado de alta, requiriendo de oxígeno domiciliario, el cual debe ser tramitado ante la Secretaría de Salud de Boyacá y no lo han realizado los responsables del mismo (...)."

584

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Mediante Auto No. 76 del 31 de marzo de 2004 (fl.1 cdrno anexo 3), la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, señora Gloria Esperanza Medina Alba, abrió Investigación de protección a favor del menor José Alejandro Vergara, - notificada a la señora Flor Emilia Monzón el 19 de abril de 2004 (fl.15 cdrno anexo 1) - así:

GLORIA ESPERANZA MEDINA ALBA, Defensora de Familia, en uso de las facultades que me otorgan los Arts 29, 36, 37, 277 y cc. del C. Del M., teniendo en cuenta que el padre del niño señor Juan Vergara Cruz donde solicita colaboración por cuanto su esposa se fue del hospital, desconoce su paradero y el niño lo dan de alta en el día de hoy y no puede el asumir el cuidado pro cuanto trabaja y vive solo, y en las horas de la tarde se recibe fax del Hospital san Rafael informando la situación del niño por lo que se procede a ABOCAR CONOCIMIENTO y se ABRE INVESTIGACIÓN de protección a favor de la niño: JOSE ALEJANDRO VERGARA MONZON nacido el 19 de Marzo de 2004. Este Despacho,

ORDENA:

1. Tener en cuenta la solicitud del señor como el oficio del Hospital san Rafael.
2. Realizar las citaciones, conforme a lo dispuesto en los Art. 39 y 40 del C. Del M.;
3. Allegar el registro Civil de Nacimiento del (la) niño (a), o realizar las diligencias tendientes a su consecución;
4. Tomar la medida de Protección, dispuesta en el Art. 57 #1 3, Ubicándolo en Colocación Familiar, del Hogar Sustituto de la señora MARLA EMMA VILLAMIL VALBUENA con C.C. 11 40.010.447 Expedida en Tunja.
5. Solicitar Visita y estudio socio-familiar;
6. Solicitar Valoración Psicológica;
7. Solicitar Valoración Nutricional;
8. Solicitar valoración médica y/ o de medicina legal;
9. obtener el concepto del Equipo Técnico del Centro Zonal;
10. Las demás que el despacho crea convenientes para lograr la protección integral del niño: JOSE ALEJANDRO VERGARA MONZON.

En Oficio No. 15-1020-235 del 31 de marzo de 2004, la Defensora de Familia en mención, informa a la Trabajadora Social de la E.S.E. Hospital San Rafael que envía a la señora María Emma Villamil Valbuena, quien se desempeña como madre sustituta y que asume desde ese día el cuidado del menor José Alejandro Vergara Monzón (fl.3 cdrno anexo 3).

El mismo 31 de marzo de 2004, se hizo entrega del menor a la madre sustituta señora María Emma Villamil Valbuena, indicándosele de manera textual las obligaciones de las personas que reciben el menor en colocación familiar, entre estas, brindar al menor

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

todos los cuidados necesarios para obtener el desarrollo integral en los aspectos físico, intelectual, moral y social (fl.2 cdrno anexo 3)

De igual forma, en la declaración presentada por la trabajadora social, señora Patricia Virginia Guarín González, al indagársele si previo a realizar algún trámite ante el ICBF tuvo algún tipo de contacto con la red familiar del menor expresó: *"Con el papa del bebe pues fue la persona que estuvo en contacto permanente con la unidad de recién nacidos y quien solicito en la oficina de trabajo social acompañado por su padre que el niño fuera puesto a disposición de bienestar familiar para protección."*

De lo hasta aquí expuesto, encuentra el Despacho que no le asiste razón al apoderado de la parte actora cuando manifiesta que el Hospital San Rafael de Tunja, no llevó a cabo en debida forma el trámite correspondiente a la entrega del menor bajo protección al ICBF, contrario a lo anterior, se logra determinar que la trabajadora social del ente hospitalario, en razón a la solicitud hecha por el señor Juan Carlos Vergara Cruz, padre del menor y en virtud de que la madre no aparecía –según su dicho-, en cumplimiento a lo ordenado por el Código del Menor que regía para el momento de los hechos, informó de lo acontecido con el menor José Alejandro a la Defensora de Familia, a fin de que tomara las medidas de protección y cuidado que él necesitaba, razón por la que, mediante el Auto No. 76 del 31 de marzo de 2004, la Defensora de Familia abrió investigación de protección a favor del menor José Alejandro Vergara, e impuso la medida de protección de **colocación familiar**, asignando para el efecto a la señora María Emma Villamil Valvuela, madre sustituta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Frente al argumento de la parte actora en el sentido de que la señora Flor Emilia, madre del menor, no participó en el trámite mediante el cual se adoptó la medida de colocación familiar por parte del ICBF y, que pese a los múltiples requerimientos hechos por ella a dicha entidad, el menor no le fue devuelto, lo que enuncia como uno de los argumentos de la presente acción, encuentra el Despacho necesario precisar que, conforme al material probatorio arrojado al expediente, la medida adoptada por el ICBF no resultó arbitraria, al contrario, esta entidad atendiendo a que la madre del

583

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

menor no se había acercado al Centro Hospitalario a hacerse cargo de lo que en el momento en que se tomó la medida, el menor requería, esto es, el trámite ante la Secretaria de Salud, para que le fuera asignado el tanque de oxígeno que necesitaba, aunado a que el padre del menor indicó que no podía hacerse cargo de éste, la Defensora de Familia tomó la medida que en este momento critica la parte actora.

De otra parte, se encuentra a folio 17 del expediente, copia de la Orden de Servicio de la E.S.E Hospital San Rafael de Tunja, de fecha 25 de marzo de 2004, en la que se refiere a la paciente Flor Emilia Monzón, se ordena una curación diaria por diez días y además se establece: "*Pte de 42 años con cuadro clínico de 2 días de Fiebre de 39 Aprox, asociado a secreción por herida quirúrgica Fetida, post cesarea de 6 días*"

Asimismo, sobre el tema, se encuentra el testimonio del señor Elkin Orlando Hernández Mendivelso –ex esposo de la señora Flor Emilia Monzón, manifestó: "*tengo conocimiento que ella después de la cesarea tuvo complicaciones sufrió una infección, fue remitida nuevamente al hospital, le quitaron los puntos, le quedo una herida abierta, los médico según ella le dijeron que tenía que tomarse unos antibióticos y realizarse curaciones, lo que le obligó a permanecer postrada en la cama por lo menos por espacio de un mes, lo cual pienso yo le impidió prácticamente salir a hacer sus reclamaciones personalmente al hospital o donde estuviera el menor, de la misma manera ella me comentaba que todas las diferencias las estaba realizando el papá del niño, el señor Vergara.*" (fls.318-322)

Igualmente, se encuentra la declaración rendida por la señora Celina Cecilia Navas Vega, quien en la declaración rendida ante este Despacho, indica que: "*efectivamente tuve conocimiento del caso del niño fue puesto a disposición del ICBF por parte del Hospital San Rafael de Tunja y por la situación que estaba atravesando en el momento que fueron **la no presencia y la atención de la madre en el Hospital y el estado crítico de salud en que se encontraba el niño y que requería cuidados muy especiales** (...) El medico dictamina y hace el diagnóstico del niño que en este caso presentaba hipertensión pulmonar, síndrome de down, oxígeno dependiente y cardiopatía congénita, con ese diagnostico y pronostico solicitan el apoyo del ICBF*

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

porque la mamita no hace presencia en el hospital (...)" (negrilla fuera de texto).
(fl.323)

De lo anterior, se logra colegir que para el momento en que el menor fue sujeto de la medida de protección de colocación familiar por parte del ICBF, la señora Flor Emilia Monzón, no pudo acercarse al centro hospitalario, en atención a las afectaciones que en su salud estaba padeciendo, por lo tanto, encuentra el Despacho que este no es argumento suficiente para desvirtuar las acciones de protección realizadas por las accionadas, en el entendido que las mismas se ajustaron y dieron cumplimiento a la ley, conforme a los hechos que se evidenciaban el 31 de marzo de 2004, esto es, el estado de abandono en el cual estaba el menor José Alejandro, por el contrario lo refuerza, en el entendido que se encuentra probado que, dado el estado de salud de la señora Flor Emilia Monzón y la imposibilidad manifestada por el señor Juan Vergara Cruz de hacerse cargo del mismo, la medida de colocación familiar adoptada por el ICBF era adecuada y necesaria.

Ahora, si en punto de discusión, se aceptara lo manifestado por la parte actora, observado lo arrojado al expediente, se encuentra que a efectos de dar respuesta a las solicitudes presentadas por la señora Flor Emilia, esto es, que le fuera devuelto su hijo -las que sea del caso decirlo, datan del 30 de abril y el 16 de julio de 2004, es decir que, para la primera había transcurrido ya un mes de tomada la medida y, para la segunda, ya habían transcurrido más de tres meses⁹- y, dentro del trámite que para el efecto establece la ley, el ICBF¹⁰ realizó los correspondientes estudios psicológicos y

⁹ Folios 38 y 41 del expediente.

¹⁰ Además dio contestación a la solicitud presentada por la señora Flor Emilia Monzón, el 4 de mayo de 2004 (fl.40), manifestando:

"Me permito informarle que el niño JOSE ALEJANDRO VERGARA MONZON ingreso al ICBF el 31 de marzo de 2004, previo oficio de la Trabajadora Social del Hospital San Rafael PATRICIA GUARIN GONZALEZ, en donde solicitaba la intervención del Instituto en el caso del niño N. N., (su hijo), hospitalizado en el servicio de recién nacidos cuna No. 10 dado de alta, requiriendo de oxígeno domiciliario el cual debería ante la Secretaría de Salud y no lo habían realizado los responsables del niño.

Así mismo el padre del niño JUAN VERGARA CRUZ solicito colaboración, argumentando que su esposa había salido del Hospital desconociendo el paradero.

Igualmente le informo que usted tiene derecho a visitar a su hijo, previas condiciones que se suscribirán en un acta.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
 Reparación Directa N° 15001333170220130001400
 Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
 Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

sociales a cada uno de los padres a fin de verificar que ellos estuvieran en condiciones de dar el cuidado que requería el menor, acorde a las falencias que tenía en su salud – evaluación psicológica a cada uno de los padres del menor (fls.86-89), informe de visita domiciliaria realizado a la señora Flor Emilia Monzón (fls.94-96)-, los que dieron como resultado que los mismos, no eran aptos para hacerse cargo de él, así se dijo en el "ESTUDIO SOCIAL", realizado por el Centro Zonal Tunja 2 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a cada uno de los padres del menor José Alejandro (fls. 53-56 cdrno anexo 1):

“La pareja conformada por Juan Calos Vergara Cruz y Flor Emilia Monzón Antonio es inestable emocionalmente, al parecer sus relaciones de pareja están basadas en la violencia y maltrato tanto físico como verbál llegando inclusive a las amenazas y chantaje psicológico.

Si bien es cierto que ambos padres no se encuentran incapacitados física y/o mentalmente para que puedan desempeñar su rol, ninguno de los dos presenta las condiciones óptimas tanto económicas, sociales, psicológicas y afectivas, así como un hogar estable y armónico que les permita asumir la custodia y cuidado personal de un infante de tan corta edad y con un diagnóstico clínico que requiere de atención y cuidado permanente con seriedad y responsabilidad.

Aunque el señor Vergara cuenta según el, con red de apoyo familiar (Abuelo paterno), no se conoce que persona le va a colaborar directamente en la atención diaria del bebé; ya que por parte de sus hermanas y demás familiares no pueden asumir dicha obligación.

Según lo manifestado por los familiares de Juan Carlos Vergara Cruz y Flor Emilia Monzon Antonio se recomienda remitirlos oficiosamente a Medicina Forense a fin de que se determine su idoneidad para ejercer su rol de padres y así tenga un diagnóstico clínico psiquiátrico de los mismos.

Se debe amonestar legalmente a los progenitores dada su irresponsabilidad y se les debe exigir organizarse en forma seria y responsable, para que definan qué familiar o qué persona va a cuidar del bebé en forma permanente dado su condición especial de salud, en qué lugar y con qué recursos, ya que actualmente ninguno de los dos puede asumir la custodia y cuidado del infante.”

De igual forma, si bien la procuradora Judicial No. 28 de Familia, conforme a la solicitud hecha por la señora Flor Emilia, coadyuva la petición de que el mismo sea devuelto a ésta, atendiendo al valor de la familia etc, no se encuentra demostrado en el expediente, que la funcionaria hubiere hecho un análisis a fondo sobre las situación en la que se encontraba el menor, y que, por lo tanto, le permitiera establecer a ciencia cierta que el menor se iba encontrar en buenas condiciones si se llegare a quedar al cuidado de algunos de sus padres.

Finalmente cabe anotar que el niño se reintegrara al grupo familiar una vez se compruebe que quedara en buenas condiciones físicas, socio familiares, y de cuidado integral, que no peligre su salud física ni mental.”

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Aunado a lo anterior y para ahondar más en razones, se encuentra, copia de lo que se denominó "CASO PROTECCION MEDIO FAMILIAR NIÑO JOSE ALEJANDRO VERGARA MONZON", del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls.81-82 cdrno anexo 1), en el que se hace relación a lo sucedido el día 18 de mayo de 2004, en los siguientes términos:

“En Tunja, a los 18 días del mes de mayo de 2004, siendo las 2:00 p.m. se presentó en el Centro Zonal la señora Flor Emilia Monzón, madre biológica del niño Luis Alejandro Vergara Monzón de 2 meses de edad, quien se encuentra ubicado en el Hogar Sustituto de la señora María Emma Villamil; con el fin de dar cumplimiento a la cita programada por parte de la Defensora de Familia y coordinadora del Centro Zonal para realizar el encuentro de la visita familiar, debido a que en el momento es posible contar con una bala de oxígeno portátil que facilita el desplazamiento de la madre sustituta con el niño sin riesgo alguno, es decir anteriormente el niño contaba con una bala de oxígeno grande que impedía su traslado.

Es importante aclarar que. el niño es oxígeno dependiente, presenta síndrome de Down y problemas cardíacos, su estado de salud bastante crítico, según diagnóstico médico; el niño fue puesto a disposición del ICBF por el hospital San Rafael de la ciudad de Tunja, por su estado delicado de salud y al parecer por el desinterés de los padres.

El encuentro de la madre con el niño en el centro zonal, en presencia del equipo interdisciplinario fue bastante traumático debido al estado de agresividad, violencia y malos tatos de la madre hacia los funcionarios y la madre sustituta, culpaba a los anteriores del mal estado de salud que presentaba su hijo, argumentando que su hijo se había enfermado desde que ingreso al ICBF, desconociendo así los antecedentes desde su nacimiento.

Tuvo la oportunidad de tener a su hijo entre sus brazos pero no con ternura sino con brusquedad y tratando de arrebatarle la cánula de oxígeno, en ese momento intervino el equipo interdisciplinario del centro zonal sin lograr resultados positivos viendo la imperiosa necesidad de pedir ayuda al CAI del Sector San Laureano y Policía de Menores con el fin de evitar cualquier riesgo y daño al niño; con éstas personas tampoco fue posible que la madre entregara al niño para que no le siguiera causando daño y fue entonces cuando se penso en trasladarlo al hospital San Rafael por la parte de urgencias con el propósito de buscar el apoyo del personal médico y paramédico además buscando una atención inmediata al niño y que la madre escuchara por parte de los profesionales del área de la medicina que el estado actual del niño era consecuencia del diagnóstico que presentaba muy complejo y no por descuido como ella lo aseguraba.

Ese día el traslado al Hospital se hizo a través de la panel de la policía quienes son testigos de la agresividad y violencia de la madre del niño, este mismo comportamiento lo manifestó en el hospital donde tuvo que intervenir la policía de menores para tratar de retirarla de dicho centro.

El niño fue valorado y dado de alta debido a que debía continuar con el tratamiento indicado por el médico con anterioridad, la madre sustituta continua con los cuidados del niño José Alejandro Vergara Monzón.”

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

De lo anterior, logra deducir el Despacho que la señora Flor Emilia Monzón no tenía los conocimientos y la actitud necesaria para asumir el cuidado de su menor hijo, el que además de su corta edad, en atención a los problemas de salud que lo aquejaban, requería de un trato especial en todo su entorno, no solo de tipo médico sino también afectivo.

Así las cosas, no vislumbra el Despacho irregularidad alguna en el trámite que se llevó a cabo por parte de las entidades accionadas y que terminó con la asignación del menor José Alejandro a la señora María Emma Villamil Valvuela, madre sustituta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, contrario a lo anterior, se insiste en ello, es claro para este Despacho que el actuar tanto del Hospital San Rafael de Tunja como del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, al imponer en el caso del menor José Alejandro Vergara Monzón, se ajustó a los parámetros que para el efecto impone la Ley, en atención a las circunstancias en las que se encontraba el menor en mención.

(ii) En relación con la atención y cuidado irrogado por la señora María Emma Villamil, madre sustituta designada por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al menor José Alejandro Vergara Monzón

A fin de esclarecer este asunto, el Despacho comenzara por pronunciarse, en relación con el estado de salud del menor José Alejandro Vergara Monzón. Al respecto, se encuentra copia de Informe Ecocardiográfico del menor, de fecha 26 de marzo de 2004 (fls. 146-147) en el que se establecieron como conclusiones las siguientes:

1. DEFECTO DEL SEPTO AV, TIPO INTERMEDIARIO CON VALVULA AV UNICA CON DOS ORIFICIOS VALVULARES BIEN DEFINIDOS, OSTIUM PRIMIIUM DE 6mm DE DIAMETRO. CIV DEL ENTRADA AMPLIA.
2. HIPERTENSION PULMONAR DE MODERADA IMPORTANCIA SECUNDARIA
3. FUNCION BIVENTRICULAR CONSERVADA.
4. DUCTUS ARTERIOSO CON LEVE REPERCUSION HEMODINAMICA EN EL MOMENTO.

RECOMENDACIONES.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Se sugiere corroborar con otros datos clínicos y paraclínicos (Rx de tórax y electrocardiograma) para definir conducta. Debe continuar con oxígeno para mantener saturación menor, igual al 90%. Control clínico ecocardiográfico en un mes.”

Se encuentra demostrado, conforme a la orden de servicio del Hospital San Rafael, de fecha 29 de marzo de 2004 (fl.7 cdrno anexo 1), firmada y sellada por el Doctor Romero, que para la atención del recién nacido de la paciente, señora Flor Emilia Monzón Antonio, se requería de oxígeno permanente para saturación 90%, por lo que solicita:

1. O2 Domiciliario
2. BALA GRANDE DE O2
3. BALA PORTATIL DE O2
4. MANOMETRO

De igual forma se encuentra a folio 39 del cuaderno anexo 3, copia de ecocardiograma realizado al menor el día 20 de mayo de 2004, en el que se concluye:

- “1. Cardiopatía congénita tipo CIV perimembranosa de pequeño tamaño, con corto circuito de izquierda a derecha.
2. Datos indirectos de hipertensión pulmonar. Persistencia de patrón fetal
3. Buena función sistodiastólica biventricular.”

De lo anterior, se encuentra demostrado que el menor José Alejandro Vergara, desde su nacimiento, padecía de varias afecciones en su estado de salud, las cuales logra concretar el Despacho en: Cardiopatía Congénita, Hipertensión Pulmonar y Síndrome de Down.

Ahora, en relación con la causa de muerte del menor José Alejandro Vergara, se encuentra a folio 177 del cuaderno anexo 3, la epicrisis de la Empresa Social del Estado, del 31 de julio de 2004, correspondiente a José Vergara Monzón, en el que se indicó:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

"pte de 4 meses de edad quien **madre sustituta** informa que niño inicia a hacer muecas y mirada fija e inmediatamente llama a bomberos quienes recogen al niño a las 5-10 mn después llegando a esta institución a los 20 mn de iniciado el episodio.

Pte de cuatro meses de edad quien llevo con paro cardio respiratorio, se hace reanimación con masaje cardiaco y con ventilación positiva; se colocan 250 mg atropina y se intubo con tubo N°3.5 que posteriormente se cambia a 4.0 y se deja en referencia la pte permanece 40 mn saturando entre 70-75 y posteriormente >90%, en el momento taquicárdico.

Se toma rayos x Torax muy penetrada, se recomienda tubo introduciendo 1 cm mas. Al parecer no se evidencian infiltrados pulmonares.

ANTECEDENTES: Parto en Hospital, nace con SD DOWN, CARDIOPATIA CONGENITA, no refieren cual; Actualmente con O2 en casa

AL EF: Pte en mal estado general, con palidez mucocutanea marcada, intubado con ventilación con presión positiva

(...)

Pte quien cursa con shock asfíctico secundario a paro cardiorespiratorio, por lo cual requirió manejo en UCI con sonda orogastrica -sic-, soporte electrolítico, con ventilación mecánica manejo dinámico, monitoreo continuo.

Pte quien a las 22:30 horas presenta paro cardiorespiratorio se realizan maniobras reanimación por 15 mn- masaje cardiaco y presión positiva quien fallece.

s/ s autopsia para definir posible causa de muerte" (Negrilla fuera de texto)

De igual forma, se encuentra la respuesta a oficio de LMSM-0219 del 23 de marzo de 2010 –el cual corresponde a dictamen pericial- (fl.431), en el que se indica:

"El día 30 de julio ingresa al servicio de urgencias a las 20:07 horas el menor ALEJANDRO VERGARA MONZON traído por bomberos de Tunja donde se diagnosticó:

1. Síndrome de Down
2. Desnutrición severa tipo marasmo
3. Shock asfíctico secundario a paro respiratorio
4. Síndrome convulsivo

Diagnosticado se le da hospitalización en la unidad de recién nacidos a las 21:30 horas el menor presenta paro cardio respiratorio se le practican maniobras de reanimación durante 15 minutos pero esta fallece.

Causa de la muerte PARO CARDIO RESPIRATORIO SECUNDARIO A HIPERTENSION PULMONAR Y COMUNICACIÓN INTRAVENTICULAR Y COMO MORBILIDAD ASOCIADA A DESNUTRICION SEVERA.

No se practico necropsia y en ningún momento fue solicitada por el médico tratante en razón a conocer la causa de la muerte del menor"

En este punto, es del caso precisar que no es cierta la afirmación realizada por el apoderado de la parte actora en el sentido que no se realizó dictamen médico legal, contrario a lo anterior, se encuentra el Protocolo de Necropsia No. 0518-2004,

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses del 1 de agosto de 2004 (fls.412-416), del cual se logra extraer:

Al realizar la necropsia se encontró al examen exterior el cuerpo de un lactante menor sin huellas externas de trauma de apariencia descuidada, fascie característica de down y desnutrición importante. Al examen interior se evidenció presencia de cianosis periférica, edema pulmonar y a nivel cardiaco la presencia de una cardiopatía por comunicación interventricular con defecto importante. Se anota en especial que no se evidenciaron la presencia de cuerpos extraños en vías aéreas. La muerte se desencadena por insuficiencia respiratoria aguda derivada de la hipertensión pulmonar secundaria a cardiopatía congénita en asocio con síndrome de Down.

(...)

En los defectos del tabique interventricular cuando son grandes mostrarán signos de insuficiencia cardiaca como taquipnea, dificultades en la alimentación y sudoración, hasta falla cardiaca los primeros meses de vida. Las complicaciones van desde la muerte súbita como desenlace de una arritmia cardiaca, hipertensión pulmonar muy frecuente en nuestro medio debido a que su desarrollo se ve favorecido y acelerado por la altura a la cual vivimos, bronconeumonías repetición, endocarditis bacteriana, infartos cardiacos, infartos pulmonares y complicaciones irreversibles del sistema nervioso central.

(...)

*Con base en la información obtenida del acta de levantamiento, de la historia clínica y de los hallazgos del presente protocolo de necropsia se **plantea como manera de muerte la natural**. No obstante debe solicitarse la copia completa de historia clínica del menor y deben aportarse los ecocardiogramas realizados en el Hospital la Misericordia, lugar en el cual fue objeto de estudio, según informó el padre. De otro lado el estado de desnutrición y descuido del menor llaman la atención dado que se encontraba en custodia del bienestar familiar, y como quiera que la cardiopatía congénita que padecía podía generar hipodesarrollo, debe investigarse y aclararse si la madre sustituta había consultado a nutrición y pediatría por el estado del menor o en caso contrario contemplar un caso de negligencia o descuido.*

(...)

DESCRIPCIÓN DEL CADÁVER

Cadáver de lactante menor de apariencia poco cuidada, con signos de desnutrición fascie mongloide, portando únicamente un pañal desechable y cubierto con una cobija azul, ubicado sobre la mesa de necropsias en la morgue de la UPTC en Tunja. (Negrilla fuera de texto)

De lo hasta aquí expuesto, considera el Despacho necesario hacer relación a la afirmación realizada por el apoderado de la parte actora en su escrito de demanda, referente a que la muerte del menor se produjo por descuido de la madre sustituta, de

589

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

lo que da cuenta, según su dicho, el estado de desnutrición en el que se encontraba el menor al momento de su deceso.

Así, de la atención prestada por la madre sustituta al menor durante el tiempo que permaneció bajo su cuidado, se encuentra que la médico forense Sandra Monroy Vargas, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses –sea del caso precisar que fue ella también, la que realizó el protocolo de necropsia ya señalado-, en el dictamen pericial¹¹ arrimado a este Despacho, frente a la atención dada al menor José Alejandro con posterioridad a la entrega del mismo a la madre sustituta referenció:

"Control por consulta externa de pediatría fecha ilegible, a la edad de 2 meses, al examen peso 3650 gr, talla 56 cm, se interconsultó a fisiatría, se solicitó ecocardiograma y se ordenó pediatvit zinc. El 20 de mayo de 2004 se realizó segundo ecocardiograma en Unidad de Cardiología integral por parte del Dr. JUAN PÉREZ Cardiólogo, que reporta cardiopatía congénita tipo CIV perimembranosa de pequeño tamaño con corto circuito de izquierda a derecha. Datos indirectos de hipertensión pulmonar Persistencia del patrón fetal?. Buena función sistólica biventricular. Control no; consulta externa de pediatría fecha 7 de junio de 2004 a la edad de 3 meses, trae reporte de ecocardiograma. Al examen 3,6 Kg, talla 55 cm, palidez mucocutánea soplo sistólico, ordena oxígeno domiciliado, solicita valoración por cardiopediatría, terapia física, ocupacional y del lenguaje. No se documentan por historia apodada las valoraciones solicitadas en este control por pediatría. Última atención registrada en la fecha 30 de julio de 2007 hora 20:30, a los 4 meses de edad en Hospital San Rafael de Tunja. Ingres a paro respiratorio y cardíaco, se hace reanimación con masaje cardíaco, con ventilación positiva, se coloca atropina y se intubase toma RX de tórax muy penetrada y se reacomoda tubo ...al parecer no hay evidencias infiltrados pulmonares, se reinterroga a madre sustituta quien refiere que el niño inició a realizar muecas y mirada fija e inmediatamente llama a bomberos quienes recogen al niño a los 5-10 minutos.. nació en Hospital San Rafael de Tuja con síndrome de Down con cardiopatía congénita; actualmente con oxígeno en casa. Al examen, mal estado general, con palidez mucocutánea marcada, intubado, con ventilación con presión positiva, a la auscultación con reforzamiento de segundo ruido, no soplos, auscultación pulmonar simétrica bilateral. Diagnóstico Shock asfíctico, secundario a paro cardiorespiratorio, síndrome convulsivo interrogado, síndrome de Down, desnutrición severa tipo marasmo. Se hospitaliza en UCI adultos se busca remisión a UCI pediátrica, se estabilizará hemodinámica y ventilatoriamente, se solicitan laboratorios, se coloca bolo de L ringer de 30cc/mg. Se iniciará dopamina 5mcgr/mg/min. Firma y sello RAMIRO TORO GUARIN. Médico pediatra. A las 22: 30 horas presenta paro cardiorespiratorio se realizan maniobras de reanimación por 15 minutos, masaje cardíaco, presión positiva, pero

¹¹ respuesta al Oficio LMSM del 23 de marzo de 2010

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja

Reparación Directa N° 15001333170220130001400

Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

fallece, Se solicita autopsia médico legal. Firma y sello RAMIRO TORO GUARIN, Médico pediatra. Con base en lo anterior, el menor recibió en el HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA, desde su nacimiento la atención adecuada para su patología de base, fue objeto del estudio correspondiente, fue valorado por especialistas en pediatría, genética y cardiología pediátrica. Se realizaron dos ecocardiogramas para seguimiento de cardiopatía congénita, ordenándose en la última valoración por consulta externa un mes antes del deceso, control por cardiología, terapia física, ocupacional y del lenguaje, de lo cual no se aporta información. En las valoraciones realizadas por consulta externa de pediatría se evidencia poco incremento de peso en el menor razón por la cual se ordena suplemento vitamínico en la consulta a los 2 meses de edad. La atención final del menor fue hecha por especialistas, requirió reanimación cardiocerebro pulmonar en dos ocasiones, recibió manejo en Unidad de Cuidado Intensivo, siendo dichos procedimientos adecuados y oportunos para la situación de salud del menor al momento de su ingreso por urgencias.

Así las cosas, si bien es cierto, no se allegó todo el material probatorio relacionado con la atención prestada por la madre sustituta durante el tiempo que el menor José Alejandro estuvo bajo su custodia, también lo es que, del aparte antes transcrito, así como del electrocardiograma de fecha 24 de mayo de 2004 (fl.202) se logra colegir que desde el 1 de abril al 30 de junio de 2004, el menor obtuvo la atención médica que él requirió, la cual fue provista por intermedio de la madre sustituta, al estar ella a cargo de él para ese período, y no haber pruebas que demuestren lo contrario, por lo que, sea por demás decirlo, la duda manifestada por la médica forense en el Protocolo de Necropsia No. 0518-2004, relacionado con el descuido del menor durante el tiempo que el mismo estuvo a cargo de la madre sustituta del ICBF, se encuentra plenamente zanjada.

Aunado a lo anterior, frente a la afirmación de la parte actora en el sentido que fueron miembros del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Tunja, los que llevaron a José Alejandro a la Central de Urgencias del Hospital San Rafael, en el momento en que el mismo presentó complicaciones en su salud, sin que la madre sustituta se hiciera presente, encuentra el Despacho que en la epicrisis del Hospital San Rafael de Tunja se señaló: "pte de 4 meses de edad quien **madre sustituta** informa que niño inicia a hacer muecas y mirada fija e inmediatamente llama a bomberos quienes recogen al niño a las 5-10 mn (...)" (negrilla fuera de texto).

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Por lo anterior, logra colegir el Despacho que si bien puede ser cierto la señora Villamil Valbuena no se encontraba con el menor al momento en que el mismo ingreso de urgencias al Hospital, también lo es que, fue precisamente por el llamado de ayuda que hiciera la señora en mención a los miembros del cuerpo de bomberos, al notar las afecciones de salud en el menor, que el mismo fue trasladado al centro hospitalario, no denotándose con este actuar, negligencia o descuido por parte de la madre comunitaria. Aunado a lo anterior, mediante auto del 6 de mayo de 2005, la Unidad de Reacción Inmediata de Tunja – Fiscalía Sexta, decidió abstenerse de abrir investigación en el caso de la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón, al no encontrar mérito para ello.

De otra parte, frente al argumento de la parte actora en el sentido que al momento del fallecimiento del menor, el mismo tenía una desnutrición tipo marasmo lo que según su dicho demuestran la falta de atención de la señora Emma –madre sustituta designada por el ICBF- sobre el menor José Alejandro, encuentra el Despacho que conforme a lo explicado en el dictamen pericial por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al pronunciarse sobre causas y circunstancias que conllevan a un menor a sufrir desnutrición severa tipo marasmo, su tratamiento y pronóstico señaló:

“En el caso en particular de JOSE ALEJANDRO VERGARA MONZÓN, la presencia de Síndrome de DOWN, asociado a cardiopatía congénita oxígeno dependiente, con comunicación interventricular, e hipertensión pulmonar pueden favorecer la presencia de desnutrición severa a causa de variados factores entre los cuales la literatura describe: la fatiga que les produce la succión del seno o del biberón, la falta de coordinación entre la respiración y la succión, dificultades para la deglución, retraso en la evacuación gástrica, hipoxia tisular, insuficiencia cardíaca, pérdida intestinal de proteínas, mala absorción intestinal e hipermetabolismo

Líneas más adelante al conceptualizar sobre lo que es la desnutrición severa tipo marasmo y, si el menor José Alejandro la presentaba al momento de ingresar a la E.S.E. Hospital San Rafael manifestó:

“El menor nació con peso y talla adecuados para la edad gestacional, pero dadas las patologías de base como síndrome de Down y cardiopatía congénita oxígeno dependiente fue evidente el compromiso nutricional del mismo. Los controles por consulta externa reportan peso bajo en el lactante, hallándose

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

en estado de desnutrición en su última internación, constatado en los hallazgos del protocolo de necropsia.

Entonces, logra colegir el Despacho que la desnutrición severa tipo marasmo que padecía el menor José Alejandro, estaba asociada a las afecciones que desde su nacimiento padecía, esto es, Síndrome de Down, Cardiopatía Congénita oxígeno dependiente con comunicación intraventricular e hipertensión pulmonar.

Corolario de lo anterior, en relación con la expectativa de vida de los menores que presentan el tipo de malformaciones congénitas ya reseñadas, en el dictamen pericial presentado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la dra. Sandra Monroy Vargas, explicó:

La expectativa de vida en general en el Síndrome de Down ha mejorado en las últimas décadas, siendo en promedio de acuerdo a varios estudios de 50 años. El pronóstico se ensombrece ante la presencia de cardiopatías congénitas, el tipo específico de cardiopatía congénita, la presencia de hipertensión pulmonar y falla cardiaca las cuales son responsables de los decesos durante los dos primeros años de vida, dado esto último la expectativa de vida es variable y depende de la situación particular de cada paciente. La presencia de cardiopatías congénitas en el Síndrome de Down, reducen la supervivencia hasta en un 70%. (Negrilla fuera de texto)

Lo anterior permite colegir al Despacho que, en los casos como el del menor José Alejandro, en los que se padece Síndrome de Down, cardiopatías congénitas, presencia de hipertensión pulmonar y falla cardiaca, la expectativa de vida se reduce, pudiéndose presentar la muerte de los niños durante los dos primeros años de vida.

Entonces, acorde al material probatorio obrante en el expediente, no se encuentra demostrado que hubiere sido el actuar negligente o descuidado de la señora Emma Villamil, madre sustituta encargada por el ICBF del cuidado del menor José Alejandro, el que llevó a su muerte pues, de lo manifestado en el dictamen pericial realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fls.412-416), en el Oficio con fecha de recibido del 09 de abril de 2010, proferido por el Hospital San Rafael de Tunja (fl.431), y como da cuenta la epicrisis de la historia clínica (fl.102) logra colegir el

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

Despacho que el mismo falleció como consecuencia de las afecciones que padecía el menor, esto es, el síndrome de Down, cardiopatía congénita, hipertensión pulmonar y consecuentemente a éstas, la desnutrición severa tipo marasmo.

3.3.3. Conclusión

En suma, atendiendo a que en el sub-lite no se encuentra demostrado, que el procedimiento utilizado por las entidades accionadas y que conllevó a que el menor José Alejandro fuera asignado a la protección de la señora Emma Villamil, madre sustituta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, contrariara lo establecido para el efecto por la ley, como tampoco que hubiere sido el actuar negligente o descuidado de ésta la que generó la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón, es decir, no se probó ningún nexo de causalidad, entre el actuar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Hospital San Rafael con el daño irrogado a los demandantes, esto es, la muerte del menor José Alejandro Vergara Monzón y, tampoco se encuentra demostrado que se hubiese ocasionado un daño especial, producto de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas con el cual se rompiera el principio de las cargas públicas, el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

3.4. Costas

Finalmente, considera el Despacho que atendiendo a lo previsto en el artículo 171 del C.C.A y la jurisprudencia reiterada del H. Consejo de Estado, no condenará por este concepto, en consideración a que no se vislumbra temeridad o mala fe en la actuación de las partes durante el trámite del presente proceso.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja
Reparación Directa N° 15001333170220130001400
Demandante: Flor Emilia Monzón Antonio y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Y Hospital San Rafael de Tunja

FALLA:

PRIMERO.- DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas conforme la parte motiva.

TERCERO.- Reconocer personería a la Doctora Andrea del Pilar Chona Bolívar, identificada con cédula de ciudadanía No. 33.369.105 de Tunja, T.P. No. 151.889 del C.S. de la J., para actuar como apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, conforme al escrito de poder obrante a folio 560 del expediente.

CUARTO.- En firme esta providencia, archívese el expediente, y expídanse copias del expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115 del C. de P. C.

Notifíquese y cúmplase



MARTHA CECILIA CAMPUZANO PACHECO

Juez