

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 199

Santiago de Cali, noviembre veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016).

Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicación	76001333300520120004200
Demandante	NAZLY BORRERO VÁSQUEZ Y OTROS
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – I. C. B. F. Y OTROS
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ y JUAN PABLO PÉREZ BORRERRO, en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – EVARISTO GARCÍA, MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI - SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL - COMISARIAS DE FAMILIA DE SILOÉ Y LOS MANGOS, MUNICIPIO DE CANDELARIA VALLE - SECRETARIA DE GOBIERNO MUNICIPAL - COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA VALLE.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA: DECLARAR, mediante providencia que haga tránsito a cosa juzgada, la responsabilidad civil y administrativa de LA NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE (EVARISTO GARCÍA) - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI (Valle) y MUNICIPIO DE CANDELARIA (Valle) por los daños morales y daño a la vida de relación ocasionados con la VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, por las IRREGULARIDADES, OMISIONES, NEGLIGENCIA y RETARDO EN LAS ACTUACIONES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE

RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR RECIÉN NACIDO PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, al ser separado injustamente de su madre desde mayo 28 de 2010 hasta Mayo 18 de 2011; fecha en la cual fue reintegrado a su núcleo familiar, por orden judicial en acatamiento de una acción de tutela.

SEGUNDA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE (EVARISTO GARCÍA) - MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI (VALLE) y MUNICIPIO DE CANDELARIA (VALLE) a:

1.2.1. INDEMNIZAR íntegramente a los actores: NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, quien actúa en su propio nombre y en representación de los menores PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ y JUAN PABLO PÉREZ BORRERO por los perjuicios morales y daños a la vida de relación causados por las IRREGULARIDADES, OMISIONES, NEGLIGENCIA y RETARDO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN EL PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL MENOR RECIÉN NACIDO PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, al ser separado injustamente de su progenitora desde el 28 de mayo de 2010 a 18 de Mayo de 2011, fecha en que fue reintegrado a su núcleo familiar, por orden judicial mediante acción de tutela.

1.2.2. INDEMNIZAR Y PAGAR a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

1.2.2.1. PERJUICIOS MORALES:

Para la señora **NAZLY BORRERO VÁSQUEZ** (Madre del menor), 200 SMLMV a razón de \$566.700 = \$113'340.000

Para el Menor **SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ** (Ofendido directo), 200 SMLMV a razón de \$566.700 = \$113'340.000

Para el Menor **JUAN PABLO PÉREZ BORRERO** (hermano del menor ofendido), 100 SMLMV a razón de \$566.700 = \$ 56'670.000

TOTAL PERJUICIOS MORALES...\$ 283.350.000**1.2.2.2. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN**

Para la señora **NAZLY BORRERO VÁSQUEZ** (Madre del menor), 200 s.m.l.m.v a razón de \$566.700 = ...\$ 113'340.000

Para el Menor **PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ** (Ofendido directo), 200 s.m.l.m.v a razón de \$566.700 = ...\$ 113'340.000

Para el Menor **JUAN PABLO PÉREZ BORRERO** (hermano del menor ofendido), 100 s.m.l.m.v a razón de \$566.700 =\$ 56'670.000

TOTAL PERJUICIOS DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN.....\$ 283.350.000

(Nota: La demanda totaliza estos perjuicios también como MORALES)

2. HECHOS

La demanda sintetiza de la siguiente forma¹ los hechos:

- 2.1. El día 22 de mayo de 2010, la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ al terminar su jornada laboral y de regreso a su lugar de habitación, encontró a su menor hijo PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ en pañales y cargado por la señora MARTHA FILIGRANA (quien era la encargada de su cuidado), notándole elevación de temperatura, hematomas en su cuerpo, un hundimiento en su cráneo. Al indagar a la señora que tenía el niño bajo su cuidado, el motivo de las lesiones que presentaba su hijo, la matrona respondió que *"no sabía"*, que eso le había ido apareciendo durante la mañana.
- 2.2. Aduce, que se dirigió con el menor PEDRO SEBASTIÁN, al Hospital Universitario del Valle, donde fue atendido por un estudiante de Medicina quien no le procuró brindar atención prioritaria sino hasta que el menor empezó a presentar inflamación de su pómulo derecho y debió esperar mucho tiempo hasta llegar el médico, quien por su parte le indicó que no podía moverse del Hospital. Posteriormente, llegó la Trabajadora Social quien procedió a preguntarle qué había sucedido con el niño, quien tomando nota de lo que le explicó, se marchó.
- 2.3. Menciona que fueron ordenados algunos exámenes médicos al menor PEDRO SEBASTIÁN, quien fue hospitalizado. Al día siguiente, al realizar la

¹ Folios 66 al 89

primera ronda, los Médicos le informaron a su progenitora que iban a realizar otros procedimientos. En horas de la tarde se presentó nuevamente la Trabajadora Social, quien entrevistó a NELLY PATRICIA BORRERO VÁSQUEZ hermana de la demandante y quien violando el Debido Proceso acusó a la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ de haberle ocasionado las lesiones a su menor hijo, realizando el reporte ante la Fiscalía General de la Nación y ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

- 2.4. El día 28 de mayo de 2010, fue dado de alta el menor PEDRO SEBASTIÁN, pero se le impidió a la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ salir del Centro Asistencial con su hijo para llevarlo a casa, manifestándosele que debía esperar a la Policía de Infancia y Adolescencia.
- 2.5. Al llegar los policiales, trasladaron la señora NAZLY BORRERO al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.) Centro Zona Ladera de Cali, donde fue atendida por el Defensor, quien le indica que el niño iba a ser trasladado a un hogar sustituto y le entrega copia del auto No. 404 de mayo 28 de 2010 y del Acta de Amonestación de la misma fecha. En la misma providencia dispuso remitir por competencia las diligencias a la Comisaría de Familia de SILOÉ.
- 2.6. La Comisaría 5ª de SILOE, dispuso realizar la visita domiciliaria. Como el hecho había ocurrido en el Municipio de CANDELARIA (Valle), devolvió las actuaciones ante el Instituto de Bienestar Familiar CENTRO LADERA, para que éste a su vez lo remita ante el funcionario competente.
- 2.7. Asevera la demanda, que como consecuencia de la situación, se generó un quebranto en su salud a la demandante quien permaneció incapacitada y en reposo durante las siguientes tres semanas, dentro de cuyo período fue retirada del empleo que ejercía con el consecuente daño patrimonial a su núcleo familiar, por sus constantes incumplimientos en los horarios laborales, para dedicarse a las actividades y diligencias tendientes al restablecimiento de los derechos de su hijo.
- 2.8. La Comisaría de Familia de CANDELARIA (Valle), aduce la demanda, actuó de manera negligente y tardía, no resolvió la situación jurídica del menor dentro del término legal establecido en la Ley 1098 de 2006 (4 meses), y a pesar de mediar solicitud del Defensor de Familia contenida en oficio No. 2488 de septiembre 30 de 2010, remitió las diligencias ante la

Comisaría de la Casa de Justicia de LOS MANGOS de Cali, que a su vez devolvió las diligencias a la Comisaría de LA CANDELARIA por vencimiento de términos.

- 2.9. El Defensor de Familia, reitera a través de oficios 59 y 60 de febrero 11 de 2011, con carácter urgente a las Comisarías de Familia de Candelaria y Los Mangos, que informaran el estado de la actuación administrativa adelantada a favor del niño PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, la cual fuera remitida mediante oficio No 1687 de julio 15 de 2010, y en el cual no se ha resuelto la situación jurídica del niño, dentro del término de la Ley 1098 de 2006. Igualmente solicita la intervención al Procurador 8º Judicial 2 de Familia de Cali, en pro de los derechos del menor.
- 2.10. La Procuradora 8ª Judicial II, Infancia y Adolescencia y Familia de Cali, solicitó a través de oficio No. PJF 046 de febrero 4 de 2011 a la Comisaría de CANDELARIA (Valle) atender el caso, toda vez que según concepto de la Fundación CAICEDO GONZÁLEZ, se encontraron factores favorables para reintegrar al menor al seno de su hogar, estudio que a su vez es allegado por el Defensor de Familia mediante oficio No. 1054 de marzo 1 de 2011.
- 2.11. A través de oficio No. PJF 193 de abril 25 de 2011, la misma Procuradora solicita al Secretario de Gobierno y Convivencia Ciudadana de CANDELARIA (Valle), la apertura de la Investigación Disciplinaria contra la Comisaria de Familia del mismo Municipio, doctora ELENA BEATRIZ ARDILA LÓPEZ, por aducir pérdida de competencia, seguida de pérdida del expediente correspondiente al restablecimiento de derechos del niño PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, debido a la situación expuesta en el anterior numeral.
- 2.12. La señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ advirtiendo la constante negligencia de las entidades, previo derecho de petición presentado con fecha marzo 11 de 2011, se vio obligada a acudir ante el Juez de Tutela, para que mediante orden judicial se restablecieran sus derechos fundamentales como madre, al igual que los del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, por virtud de lo cual, el Juez Tercero de Familia de Palmira tuteló los derechos invocados a través de sentencia No. 141 de mayo 10 de 2011, ordenando el retorno inmediato del pequeño al lado de su madre, el cual se hizo efectivo hasta mayo 18 de 2011.

- 2.13. El menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, estuvo separado de su madre y del seno de su familia, ONCE MESES Y VEINTISÉIS (26) DÍAS, lapso durante el cual se vio seriamente afectado en su salud. Igualmente el menor permaneció separado de su ámbito familiar, debiendo ser llevado continuamente a Centros Clínicos para ser tratado por quebrantos de salud, que habitualmente no sufría, afectando su estado anímico y el de su familia.
- 2.14. La Fiscalía 131 Seccional de CANDELARIA (VALLE) archivó la investigación que se adelantaba por lesiones personales.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Enuncia como fundamentos de derecho los artículos 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. RAZONES DE DEFENSA

4.1. MUNICIPIO DE CANDELARIA VALLE

En la contestación de la demanda² se opone a la pretensiones y manifiesta que el expediente para el Restablecimiento de los Derechos del Menor, fue recibido con fecha julio 10 de 2010 y no el fecha que lo expresa el demandante y a su vez, esa dependencia lo emite por competencia con fecha octubre 1 de 2010, antes que se vencieran los términos de 4 meses de que habla la Ley. Por tanto, señala el escrito, la negligencia y vencimiento de términos corresponde a la Comisaría de LOS MANGOS de la ciudad de CALI, por haber extraviado dicho expediente. Propone como excepciones **“Falta de legitimación en la Causa”** y la **“Innominada”**.

4.2. MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

En el escrito de respuesta de la demanda³, se opone a las pretensiones de la demanda y aduce que el Municipio de SANTIAGO DE CALI, debe ser exonerado de responsabilidad alguna de los perjuicios que reclama el demandante, ya que su participación en la ocurrencia de los hechos, no ha sido probada por la demandante. Igualmente propone como excepción **“Falta de Legitimación en la Causa”**

² Folios 125 al 129 Cuaderno No. 1

³ Folios 142 al 146 Cuaderno No 1

4.3. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF

La apoderada Judicial del **ICBF**, contestó la demanda⁴ haciendo un recuento de lo acontecido con el menor PEDRO SABASTIAN BORRERO y afirma que el Juez de tutela exoneró de toda responsabilidad a su representada, que ha demostrado con pruebas que no ha vulnerado el debido proceso y que actuó en derecho y a favor del restablecimiento de los derechos del menor en comento, propone como excepciones: **Culpa de un tercero y ausencia de nexo causal entre la acción u omisión de la demandada y el probable daño.**

4.4. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE “EVARISTO GARCIA” ESE

Por conducto de sus apoderada, a través del escrito de contestación de la demanda⁵ manifiesta que se opone a las pretensiones, ya que su representado obró de acuerdo con la leyes vigentes para el momento de ingreso del menor a recibir su respectiva atención médica, se efectuaron todas las pruebas diagnósticas y ante los hallazgos clínicos y la inconsistencia entre lo que la madre señalaba y los traumas y lesiones que presentaba el menor, se procedió a dar aviso a las autoridades judiciales competentes, a fin de que continuaran con la investigación y en lo posible hallaran un responsable.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

5.1. El Hospital Universitario del Valle, afirma a través de apoderada⁶ que con fundamento en la historia clínica No. 2088679, perteneciente al paciente PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, teniendo en cuenta el motivo por las cuales ingresó al HUV, por no existir falla en el servicio, nexo causal, ni daño, como elementos de la responsabilidad del Estado, ninguna culpa es atribuible, ni al equipo médico ni a la ESE –HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE – “EVARISTO GARCÍA”, ya que se trató de un paciente menor que ingresó al HUV, en condiciones anormales que fueron atendidas en forma inmediata.

5.2. Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante⁷, hace una nueva narración de los hechos atribuyendo la responsabilidad por la vulneración de los derechos de menor PEDRO SEBASTIÁN al ICBF, por

⁴ Folios 158 al 175 Cuaderno No. 1

⁵ Folios 300 al 310 Cuaderno No. 1

⁶ Folios 442 al 449 Cuaderno No. 1

⁷ Folios 453 al 460 Cuaderno No. 1

remitir la historia clínica del bebé a la Comisaría de Familia de Siloé, cuando el real competente era la de CANDELARIA; a la Comisaría de Familia de CANDELARIA, por dejar vencer los términos y remitir el expediente a la Comisaría de Familia de LOS MANGOS de Cali, sin haber realizado actuaciones tendientes al Restablecimiento de los Derechos del menor, actuando de manera negligente; a la Comisaría de Familia de LOS MANGOS por cuanto recibió el expediente de la comisaría de Familia de CANDELARIA y no lo remitió inmediatamente al Juez de Familia, como lo dispone la ley, quien el competente para resolver la situación del menor una vez vencidos los términos. En su lugar hace devolución y entrega del expediente de manera irregular nuevamente a la Comisaría de Familia de CANDELARIA Valle, conllevando a la pérdida del expediente.

- 5.3. A su turno el **ICBF**⁸, afirma que se opone a las pretensiones formuladas por la demandante, toda vez que no existe fundamento fáctico, ni jurídico, tampoco material probatorio suficiente que conlleven a determinar la falla en el Servicio del Instituto colombiano de Bienestar Familiar, que es improcedente imputarle la responsabilidad a su defendida ya que el defensor de Familia aplicó la norma especial, teniendo en cuenta el lugar donde se encontraba el menor al momento de ser reportado el caso, para ser remitido el expediente a la comisaria de Familia de SILOÉ.
- 5.4. De otro lado, el Municipio de SANTIAGO DE CALI añade⁹, que quedó plenamente demostrado que la comisaria de Familia de LOS MANGOS, obró de buena fe, con inmediatez, haciendo entrega personalmente del expediente del niño PEDRO SEBASTIÁN BORRERO. Como prueba de ello, tiene como testigos a dos de sus funcionarios y la denuncia penal contra la doctora BEATRIZ ELENA ARDILA LÓPEZ, quien funge como Comisaria de Familia del Municipio de CANDELARIA, por el delito de “Extravío de documentos públicos”.
- 5.5. El Municipio de CANDELARIA, al igual que el Ministerio Público, guardaron silencio en esta etapa procesal¹⁰.

6. TRAMITE PROCESAL:

⁸ Folios 461 al 471 Cuaderno No. 1

⁹ Folios 451 y 452 Cuaderno No. 1

¹⁰ Así se explica en Constancia Secretarial visible a folio

Mediante proveído N° 12 de enero 18 de 2013,¹¹ se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello. Posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del C. P. A. C. A.; modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso¹².

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo en abril 7 de 2015, diligencia dentro de la cual se saneó el proceso, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas pertinentes a solicitadas de las partes¹³.

Finalmente, se llevó a cabo audiencia de pruebas en la cual se recaudó la totalidad del material probatorio decretado y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto sobre el particular, quedando el proceso a despacho para emitir la presente decisión de mérito¹⁴.

7. CONSIDERACIONES

7.1. PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme al acontecer procesal, y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, para resolver de fondo el presente medio de control, debe el Juzgado determinar, si son responsables administrativa y extracontractualmente las entidades demandadas, de forma subsidiaria o compartida, o solo alguna de ellas, por el presunto daño padecido por los demandantes, al ser separados de su hijo y hermano PEDRO SEBASTIÁN BORRERO.

7.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Se procederá a: **(i)** Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad; **(ii)** Determinar el régimen de imputación aplicable al sub-lite y se analizará la responsabilidad de las entidades involucradas **(iii)** Efectuar una relación del acervo probatorio relevante allegado al

¹¹ Folio 96

¹² Folio 101-106 C1

¹³ Folio 351-356 C1

¹⁴ Folio 379 a 382, 425-426 y 439-441ª C1

dossier; y, **iv)** Plasmar las conclusiones para determinar si en el **caso concreto**, se cumplen los elementos del referido régimen y si a los demandantes les asiste o no el derecho reclamado.

7.2.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURÍDICO E IMPUTABILIDAD:

Obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica¹⁵, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico¹⁶.

Sobra mencionar, que cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad. El subjetivo, es aquel en el cual si es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando la conducta estatal sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad, por parte del agente estatal.

¹⁵ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

¹⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección “C”. Sentencia del 26 de marzo de 2014 – Radicación # 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077) – Consejero Ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G.

Es menester traer a colación la reiterada jurisprudencia de nuestro máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, Corporación que respecto a los títulos de imputación ha manifestado¹⁷:

*“(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.** Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, **sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.**”*

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...)” (Se resalta).

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la administración; siendo el daño el primero de ellos, es necesario aclarar que éste debe tener el carácter de antijurídico, sobre el tema, el Consejo de Estado ha Considerado¹⁸:

“(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

*“Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”**”¹⁹*

“(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“La antijuridicidad²⁰ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”²¹, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ ORGAZ Alfredo, El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

²⁰ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

²¹ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

*aprehendido en su totalidad*²², ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño²³.

*“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero*²⁴, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vásquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos^{25,26} (...)”.

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando **i)** tiene el carácter de antijurídico, **ii)** se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento, y **iii)** posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto. Así, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado, resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, que en el caso concreto, se predica según la demanda de la Administración en cabeza del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, el MUNICIPIO DE CALI, el MUNICIPIO de CANDELARIA - VALLE y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE.

Con base en lo expresado, se debe entrar a determinar si se cumplen o no los parámetros de responsabilidad definidos con anterioridad en cuanto definir si

²² Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

²³ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

²⁴ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

²⁵ Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

²⁶ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

existe o no responsabilidad extracontractual del Estado, por falla del servicio. La jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷ al respecto ha definido:

“(...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo (...)”

Con base en lo expresado resta entonces realizar el análisis cerca del régimen de imputación aplicable en concreto a las entidades demandadas, acorde con los deberes funcionales que les asiste, en torno al trámite que les correspondió adelantar con relación a la custodia del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ.

8. RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN APLICABLE AL SUB-LITE – ENTIDADES INVOLUCRADAS

De conformidad con el acontecer fáctico y la jurisprudencia reseñada, considera el Despacho que el título de imputación que resulta aplicable al presente asunto, es el subjetivo por falla en el servicio, aunado a que la parte actora pretende el resarcimiento de los daños presuntamente ocasionados, por la conducta omisiva y negligente de una o de todas las entidades demandadas, en cabeza de su representante legal, lo que conllevó al detrimento de los derechos de menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ y de los integrantes de su familia.

Se aclara, que los elementos propios del régimen de responsabilidad “falla del servicio”, son: **i)** la existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido, **ii)** un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo; y, **iii)** el nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada - imputabilidad.

Así las cosas, se concluye que además de determinar si existió o no un daño antijurídico causado al menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, con ocasión de su permanencia en un hogar sustituto, a causa de la omisión en el cumplimiento de sus atribuciones de diversas instituciones del Estado y en aras de lograr una imputación acertada, es imperativo examinar si todas, algunas o solo a una de las entidades demandas les es imputable el daño mencionado.

²⁷ Sentencia de enero 28 de 2015 Radicación No. 05001233100020020348701(32912). Consejero Ponente Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Debido a ello, es necesario observar detenidamente la actuación de cada una de ellas en el caso en marras desde el punto de vista probatorio, a fin de de establecer si es factible o no, atribuirles responsabilidad.

9. RELACIÓN Y CONCLUSIONES PROBATORIAS:

De cara a las pruebas de este proceso, es menester indicar que fueron solicitadas, decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 180, entre noviembre 23 de 2012²⁸ y noviembre 14 de 2013²⁹. Por consiguiente, también deben ser valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental y no bajo los causes del Código General del Proceso.

Ello, teniendo en cuenta que con relación a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto de 25 de junio de 2014³⁰, unificó su jurisprudencia, así:

“(...) para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...), las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (...)”

Luego, en auto de fecha agosto 6 de 2014, proferido por la misma Corporación – Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, C.P. ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación: 88001-23-33-000-2014-00003-01 (50.408), precisó:

“(...) i) aquellas situaciones procesales surtidas con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del CPACA, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014, se tendrán como situaciones jurídicas consolidadas y en consecuencia, se regirán hasta su terminación por las normas con base en las cuales fueron adelantadas, según las reglas establecidas en el artículo 624 del C.G.P.(...)”

De acuerdo con lo mencionado líneas arriba, *en el sub lite* las pruebas fueron solicitadas, decretadas y practicadas antes de junio 25 de 2014; en consecuencia, es una situación jurídica consolidada bajo el amparo del Código de Procedimiento Civil, y, por ende, en aras de garantizar el debido proceso, las mismas deben valorarse conforme a los parámetros establecidos en esta codificación.

²⁸ Fecha de presentación de la demanda (f.90 cdno 9 C1).

²⁹ Fecha de la audiencia de decreto de pruebas y se recepcionó el ultimo testimonio (f. 439 ib).

³⁰ Consejo Ponente: Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), número interno: 49.299, demandante: Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., y demandado: Nación –Ministerio de Salud y de la Protección Social.

Así las cosas, el Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes pues en reciente jurisprudencia de unificación, el Consejo de Estado sobre el particular sentó el siguiente precedente³¹:

“(…) la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

“El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

“En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

“Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (retroactividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (ultractividad), simplemente **se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su aquiescencia, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.”** (Se resalta)

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda y su contestación, así como los recaudados a lo largo del proceso a solicitud de las partes y que en casi su totalidad reposan en copia simple en el cuaderno 2 del expediente, a la luz del nuevo precedente jurisprudencial expuesto, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

Del material probatorio recaudado se puede establecer que en el presente asunto se encuentra probado lo siguiente:

- Acta de nacimiento del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, ocurrido en agosto 7 de 2009, en MAZATLAN – ESTADO DE SINALOA de ESTADOS UNIDOS MEXICANOS³², expedida por el Oficial 09 del Registro

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 28 de agosto de 2013, C.P. Enrique Gil Botero, Radicación número. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022).

³² Folio 3 Cuaderno No. 1

Civil de SINALOA, hijo de NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, de nacionalidad colombiana.

- Registro Civil de Nacimiento de JUAN PABLO PÉREZ BORRERO, ocurrido en octubre 14 de 2005 en la ciudad de CALI, expedido por la Notaría 12 del Círculo de CALI³³, hijo de LUIS FERNANDO PÉREZ DÍAZ y de NAZLY BORRERO VÁSQUEZ.
- Copia de la cédula de ciudadanía No. 29.179.806³⁴ de NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, expedida en CALI en junio 4 de 1998.
- Copia de auto No. 204 de mayo 28 de 2010, proferido por JEAN PIERRE AGUADO GÓMEZ, Defensor de Familia, quien refiere que de conformidad con remisión realizada por el Hospital Universitario del Valle a través de la Policía de Infancia y Adolescencia, el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, ha sido objeto de maltrato físico que requiere restablecimiento de derechos, ubicándolo en un Hogar sustituto de la ciudad de SANTIAGO DE CALI³⁵.
- Copia de oficios de julio 15 y septiembre 30 de 2010 y de enero 11 y marzo 1 de 2011, a través de los cuales el mismo Defensor de Familia remite Historia No. HSF 76M00912-2010-01, ante el Comisario de Familia de CANDELARIA – VALLE DEL CAUCA³⁶, correspondiente al menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, para los fines del artículo 7 del Decreto 4840 de 2007 y el proceso de que trata la Ley 1098 de 2006, iniciado por supuesto maltrato físico que recibió el menor por parte de su progenitora, para cuyos efectos allega además informe del Equipo Psicosocial de la Fundación CAICEDO GONZÁLEZ, referentes al menor. En respuesta a dicha comunicación la Comisaría de CANDELARIA refiere a través de copia de oficio de marzo 30 de 2011³⁷, que el proceso fue remitido a la Comisaría LOS MANGOS, por jurisdicción y competencia.
- Copia de oficio de enero 11 y abril 26 de 2011, a través del cual el mismo Defensor de Familia solicita al Comisario de Familia de LOS MANGOS³⁸,

³³ Folio 4 Cuaderno No. 1

³⁴ Folio 5 Cuaderno No. 1

³⁵ Folio 6 Cuaderno No. 1

³⁶ Folios 7, 8, 12, 15 Cuaderno No. 1

³⁷ Folio 26 Cuaderno No. 1

³⁸ Folios 11 y 37 Cuaderno No. 1

definir la situación del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, para los fines del Decreto 4840 de 2007 y la Ley 1098 de 2006.

- Copia de oficio de octubre 1 de 2010 radicado el día 4 del mismo mes y año, a través del cual la Comisaria de Familia de CANDELARIA remite a la Comisaría de LOS MANGOS ubicada en la Calle 73 No. 26 R 00 de CALI, la Historia del menor antes referenciado³⁹.
- Copias de solicitudes de definición de la situación efectuadas por parte de NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, ante Personería Municipal, Secretaría de Gobierno de CANDELARIA y Comisaría de LOS MANGOS de CALI⁴⁰; así como de acción de tutela ante Juzgado Promiscuo de CANDELARIA⁴¹ y de respuestas de Comisaría LOS MANGOS informando que el expediente se remitió a la Comisaria de CANDELARIA⁴² y que no entregó con oficio el proceso sino personalmente delante de testigos⁴³.
- Adicionalmente se allegó copia de fallo de tutela No. 141 de mayo 10 de 2011, proferido por el Juzgado 3º de Familia de PALMIRA⁴⁴, que ordena el reintegro del menor a su familia, compulsar copias contra las Comisarías de LOS MANGOS y CANDELARIA y asumir medidas de control preventivo frente a la probable comisión de nuevos delitos contra el menor. El fallo fue cumplido por la Defensoría de Familia, según consta en auto No. 068 de mayo 12 de 2011 y Resolución No. 014 de mayo 11 de 2011⁴⁵.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, allegó por su parte al momento de contestar la demanda, copia de todo el proceso de reintegro a su familia biológica del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ y del seguimiento efectuado al respecto⁴⁶, así como del material objeto de acción de tutela a la cual ya se hizo referencia.

- Copia de solicitud de intervención de Procuradora 8ª Judicial II de Familia, reportando vencimiento de términos dentro del caso del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ explicando alcance del informe

³⁹ Folio 9 Cuaderno No. 1

⁴⁰ Folios 10, 16 al 20, 21 al 24 Cuaderno No. 1

⁴¹ Folios 27 al 32 Cuaderno No. 1

⁴² Folios 25 y 38 Cuaderno No. 1

⁴³ Folios 33 al 35 Cuaderno No. 1

⁴⁴ Folios 39 al 47 Cuaderno No. 1

⁴⁵ Folios 48, 49, 50 al 56 y 57 Cuaderno No. 1

⁴⁶ Folios 176 al 242 y 243 al 251 frente y vuelto y 252 al 294 Cuaderno No. 1

favorable de reintegro del menor a su familia, rendido por parte de la Fundación CAICEDO GONZÁLEZ⁴⁷.

- Copia de oficios de febrero 4 y abril 25 de 2011, dirigidos por la Procuradora 8ª Judicial II de Familia LETTVIA CRISTINA HERMÁN MONTAÑO, ante la Comisaría de CANDELARIA, solicitando informe sobre definición de la situación del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, aclarando los efectos acerca de la situación de probable vencimiento de los términos legales y solicitando investigación disciplinaria por la misma circunstancia y por la pérdida del proceso⁴⁸.

A raíz de la situación de pérdida del expediente relacionado con la situación del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, se allegó al proceso:

- Copia de denuncia formulada por la doctora MARÍA DEL CARMEN SALCEDO PEÑA, en su condición de Comisaria de LOS MANGOS⁴⁹.
- Con la contestación de la demanda del Hospital Universitario del VALLE, se allegó al proceso copia de la Historia Clínica del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ dentro de la cual, su resumen destaca⁵⁰:

“(...) Paciente de 9 meses de edad que ingresa al servicio de urgencias del Hospital Universitario del Valle por presentar síntomas constitucionales de emésis, fiebre, malestar general y aparición de lesiones equimóticas generalizadas y depresión de la tabla ósea a nivel occipital ingresa hemodinamicamente estable con los hallazgos citados, con una versión por parte de la madre que no es congruente con el examen físico, se sospecha por parte de los trabajadores de la salud del Hospital maltrato infantil y se despliega toda la maquinaria tanto clínica como diagnóstica como toma de paraclínicos y valoraciones especializadas como por pediatría, oftalmología, neurocirugía, hematooncología pediátrica, radiodiagnóstico, llegando a la conclusión que las lesiones presentadas por parte de Pedro Sebastián Borrero Vásquez fueron posiblemente por maltrato ya sería determinar la o las personas que pudieron en algún momento haberlas causado y es de competencia de las autoridades competentes llegar hasta la última instancia en la investigación de estos hechos. Firmado DIEGO FERNANDO BARRAGÁN HERRERA MEDICO PEDIATRA HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE (...)”

Sobre el tratamiento hospitalario del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, se destaca que el menor fue llevado por su madre en delicadas condiciones de salud, donde fue atendido por equipo médico y especialista, siguiendo que con el protocolo establecido para los niños con presunto maltrato infantil, en testimonio rendido por el pediatra EDER VILLAMARÍN, quien manifestó:

⁴⁷ Folio 13 Cuaderno No. 1

⁴⁸ Folio 14 Cuaderno No. 1

⁴⁹ Folios 145, 147 al 151 Cuaderno No. 1

⁵⁰ Folios 311 al 312 y 313 al 338 Cuaderno No. 1

“(...) El niño tenía morados en el cuerpo y hematoma en la cabeza, ordenándose el examen de hematología especial (...)”

En el mismo sentido, el también pediatra Dr. HUGO BUITRAGO, expuso:

“(...) Hay sospecha de maltrato infantil, cuando no hay coherencia en la información de los parientes (...) Hallazgo de fractura del cráneo, descartando los morados por leucemia o hemofilia, como lo mencionó la madre del menor, fracturas no explicadas, hemorragias en la retina que no son espontáneos, lesiones consolidadas, primero se descarta algo orgánico antes de emitir el diagnóstico, se cumplió con todo el protocolo, resultado fue sospecha de maltrato (...)”

Por su parte la testigo ADRIANA RAMÍREZ, en su condición de trabajadora social de la institución en comento, menciona:

“(...) El niño es remitido por el pediatra al ICBF, cuando la valoración no coincide con la versión de la madre, previo informe por parte de trabajo social (...)”

En Segundo lugar, nos encontramos frente al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, escuchamos la versión del Defensor de Familia JEAN PIERRE AGUADO, quien manifestó:

“(...) El HUV manda al niño al Centro Zonal Ladera, donde laboro, se activa el Restablecimiento de los Derechos del niño con el equipo interdisciplinario, se elabora un concepto y se otorga medida de hogar sustituto, remitiendo el caso a la comisaria de Familia de SILOÉ, por competencia, porque el niño se encontraba en la comuna del HUV que corresponde a la Comisaria de Familia de Siloé (...)”.

En tercer y cuarto orden, tenemos al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI y al MUNICIPIO DE CANDELARIA, en cuanto al primero, se rescata del testimonio de la doctora MARÍA DEL CARMEN SALCEDO, Comisaria de Familia de Los Mangos del Municipio de Cali, quien menciona:

“(...) Recibo por correo el expediente del menor Pedro Sebastián Borrero, el 6 de octubre de 2010 por parte del Comisaría de Familia de Candelaria Valle, con los términos vencidos, sin resolver situación jurídica, pues se cuenta 4 meses desde el 26 de mayo de 2010, que ocurrieron los hechos para el Restablecimiento de los Derechos del menor, procedí a devolverlo el mismo día a la comisaria de familia de Candelaria, pues a ella a quien le corresponde el Restablecimiento de los Derechos, pues el menor tiene su residencia en Candelaria y ella dejó vencer los términos o en caso contrario remitirlo a Juez de Familia, quise actuar con inmediatez, entonces yo personalmente, me dirigí a Candelaria a hacerle entrega del expediente en compañía de la psicóloga y el motorista de la Comisaría, no me firmó ningún recibido, pero tengo como testigo las personas que me acompañaron, como el expediente se extravió yo puse la denuncia penal en contra de la Comisaria de Familia de Candelaria Valle(...)”.

Del material anteriormente enunciado, se concluye:

- EI HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE, al advertir el estado de salud del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ actuó de acuerdo al protocolo establecido por el Ministerio de Salud, para los casos de aparente

maltrato infantil. El menor fue atendido por todo el equipo médico y especialista, para obtener un diagnóstico acertado y al encontrar signos de trauma no explicados por la madre, se procedió a remitir al niño a la autoridad competente para atender el caso de supuesto maltrato físico infantil, debido igualmente a la naturaleza de las lesiones sufridas objeto de análisis.

El solo hecho de que el menor haya ingresado con fecha mayo 25 del año 2010⁵¹, al Hospital Universitario del Valle “EVARISTO GARCÍA” por presentar quebrantos de salud, siendo atendido y hospitalizado por lesiones personales hasta mayo 28 del mismo año, por personal médico especializado, implica que su estado de salud era delicado y como la posible causa al no encontrar explicación razonable de la madre, era un supuesto maltrato infantil, se requería de la atención especial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, por no haber coherencia entre las lesiones, confirmada a través de los resultados de los exámenes y la versión citada de la madre del menor.

La misma demanda además indica en el HECHO No. 8, que la hermana de NASLY BORRERO VÁSQUEZ, es decir NELLY PATRICIA BORRERO VÁSQUEZ acusó ante la Trabajadora Social del Hospital, de ser la causante de las heridas sufridas por el menor y por tanto no habían razones para no tomar tales medidas preventivas de solicitar la intervención del ICBF, máxime que el menor afectado en esos momentos, había nacido el 7 de agosto de 2009, es decir, no superaba el año de edad.

- En cuanto al ICBF, es menester precisar, que el artículo 44 de nuestra Constitución Política, establece el deber de la familia, la sociedad y el Estado para la asistencia y protección de los niños; para el cumplimiento de tal objetivo, la Ley 75 de 1968⁵² creó el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, y creado con la finalidad esencial de:

“(...) proveer a la protección del menor y, en general al mejoramiento de la estabilidad y del bienestar de las familias colombianas (...)”⁵³

⁵¹ Según resumen de la Historia Clínica del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ (folios 311-312 Cuaderno No. 1) y los testimonios de los galenos especialistas en pediatría EDER VILLAMARÍN Y HUGO BUITRAGO, en audiencia de decreto de pruebas (folios 379 al 382 Cuaderno No. 1).

⁵² “Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

⁵³ Artículo 53 de la norma en cita

Encontramos que la mencionada entidad, asumió el caso de inmediato, decretó la medida de restablecimiento de los derechos del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO, ubicándolo en un hogar sustituto, después de salir de un estado delicado de salud atendido y superado en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE.

El hecho de que el Defensor de familia del Centro Zonal LADERA, haya remitido la actuación atinente al menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ por competencia ante la Comisaría de Familia de SILOÉ, al margen de que se trate de una interpretación equívoca por cuanto el real competente era el Municipio de CANDELARIA, por ser el lugar donde ocurrieron los hechos, en principio no puede considerarse irregular para los fines de responsabilidad extracontractual, por cuanto la autoridad simplemente procuró impartir el trámite que le correspondía en tales casos, sobre la base de considerar que los hechos fueron dados a conocer por parte del Hospital Universitario del VALLE y dada la proximidad geográfica del lugar de atención médica con la Comisaría de Familia en mención y lo más importante, inmediatamente se tuvo el conocimiento de la situación.

De otra parte, actuando a prevención, dicha Defensoría adscrita al ICBF estuvo al tanto del proceso de Restablecimiento de los Derechos del menor, tanto que el Juez de tutela precisó, que aún dejando de ser de su competencia, actuó en forma acuciosa y sensata, tomó las riendas del asunto, requiriendo a las comisarías para dirimir el conflicto negativo de competencias, para procurar luego, incorporar al menor de nuevo al seno de su hogar biológico según las circunstancias lo permitieran y no en forma arbitraria sino con base en informe técnico brindado al respecto por un organismo idóneo.

Se tiene entonces que la decisión asumida en mayo 28 de 2010⁵⁴ y ante el reporte del maltrato infantil recibido por el Defensor de Familia del ICBF Centro zonal Ladera, por parte del Hospital Universitario del VALLE, era viable proferir el auto de la misma fecha resolviendo brindar como medida preventiva la ubicación del menor en un hogar sustituto de la ciudad y ordenar la remisión del expediente a la Comisaría de Familia competente.

⁵⁴ Auto del 28 de mayo de 2010, (Folio 121) y el testimonio del Defensor de Familia JEAN PIERRE AGUADO (folios 379 al 382 Cuaderno No. 1)

Si no era la Comisaría de SILOÉ sino la de CANDELARIA, lo cierto es que al caso se dio el trámite que correspondía y a criterio del mencionado funcionario que conoció del caso, en cuanto el resumen de Historia Clínica no expresa el lugar exacto donde ocurrieron los hechos, aunque si permita deducir el punto geográfico donde recibió atención médica el menor y como consecuencia de las lesiones sufridas.

Aunque se percibe cierta demora en el traslado del caso de la Comisaría de SILOÉ a la Comisaría de CANDELARIA ya que solo se produjo hasta julio 15 de 2010⁵⁵ es decir cerca de dos (2) meses después de ocurridos los hechos, la situación se dio previo trabajo de campo, estableciendo la competencia en la municipalidad mencionada, por la vecindad de la madre del menor y del lugar donde ocurrieron los hechos⁵⁶ y dentro del término de cuatro (4) meses fijado por la ley.

- Actuación Comisarías CANDELARIA y LOS MANGOS:

En relación, con la competencia, el máximo órgano de nuestra jurisdicción ha dicho⁵⁷:

“(...) En desarrollo de los preceptos constitucionales que ordenan al Estado y a la sociedad garantizar la protección integral de la familia como núcleo fundamental de la sociedad[2], y que consagran el carácter prevalente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes[3], el Congreso de la República ha expedido numerosas disposiciones, entre las cuales se destacan el Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006), la ley 294 de 1994[4] y la ley 1146 de 2007[5]. Estas leyes instituyeron autoridades especializadas para velar por la conservación de la familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, les asignaron competencias específicas y organizaron procedimientos administrativos y servicios sociales destinados a brindarles protección y restablecimiento de sus derechos.

“En el campo administrativo, tales autoridades son, principalmente, las comisarías de familia [6] y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), mediante sus defensorías de familia. En el cumplimiento de su misión, dichas autoridades están sujetas al mandato constitucional de colaboración, pero cada una ejerce sus propias competencias, que han sido diferenciadas y delimitadas por el legislador.

“En primer lugar, el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia asigna a los defensores de familia una responsabilidad general en la prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 82. FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Corresponde al Defensor de Familia:

“1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

⁵⁵ Remisión del expediente por parte del ICBF al Comisario de Familia de CANDELARIA, siendo recibido el 16 del mismo mes y año según consta a folio 7

⁵⁶ Testimonio del Defensor de Familia Jean Pierre Aguado (FI 379-382 aud de pruebas, audio y video).

⁵⁷ Conflicto de competencias de septiembre 13 de 2013, Sala de Consulta y de Servicio Civil

"2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes

"(...) Frente a esta cláusula general de competencia, existe una regla especial, consistente en que cuando la amenaza o vulneración de derechos se suscite en un contexto de violencia intrafamiliar, las competencias de prevención, protección, garantía y restablecimiento que, en principio, serían de los defensores de familia, se convierten en responsabilidad privativa de los comisarios de familia, cuya competencia se extiende, además, a "todos los miembros de la familia".

"En tal sentido, dispone el artículo 83 de la ley 1098 de 2006:

"ARTÍCULO 83. COMISARÍAS DE FAMILIA. Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

"El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país."

"Estos criterios son reiterados en el artículo 86 de la misma ley, así:

"ARTÍCULO 86. FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA. Corresponde al comisario de familia:

"Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar (...)"

"Así mismo, el artículo 7° del decreto 4840 de 2007 reglamenta claramente el lindero entre las competencias de las defensorías y las comisarías de familia, al disponer que cuando en un municipio concurren ambas autoridades, "el Defensor de Familia se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, en las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos **diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia intrafamiliar**" (destacamos), mientras que "**el Comisario de Familia** se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos **suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar**". (Se resalta).

"Las nociones de familia y violencia intrafamiliar resultan, por tanto, cruciales para determinar la competencia de los comisarios de familia en su función de garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Como ya se ha señalado, esta función constituye una regla especial frente a la competencia general de los defensores de familia, y prevalece sobre ésta, cuando la amenaza o vulneración de derechos se produce en un escenario de violencia al interior del núcleo familiar.

"El artículo 2° de la ley 294 de 1996 desarrolla el concepto de familia, que aparece consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política, y enumera taxativamente sus integrantes, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 2°. La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

"Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

"a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

"b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

"c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;

"d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica."

"Por su parte, el artículo 4° de la misma ley, modificado por las leyes 575 de 2000[7] (artículo 1) y 1257 de 2008[8] (artículo 16), señala:

"Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de este al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que esta se realice cuando fuere inminente. (...)"

"COMPETENCIA CONCURRENTE"

"La competencia concurrente se presenta cuando en un mismo municipio existe Defensoría y Comisaría de Familia. En esta situación y para determinar claramente la competencia entre estas autoridades, el legislador estableció un criterio diferenciador de competencias, radicado en el contexto en el cual se susciten las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración del derecho del niño, la niña, el adolescente y se regula desde la misión que cada entidad tiene, es decir:

"La misión de las Defensorías de Familia, es prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

"La misión de las Comisarias de Familia, es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

"El criterio diferenciador de competencias, radica en la presencia o no de Violencia Intrafamiliar en las circunstancias que rodearon la amenaza o la vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes...

"(...) Es así como la competencia para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se encuentra en cabeza de la Defensoría de Familia, cuando las circunstancias de maltrato, amenaza o vulneración de derechos sean diferentes a las suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar. (...)"

"Por su parte la competencia para prevenir, garantizar y restablecer o reparar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, corresponderá a la Comisaría de Familia, si el evento de maltrato, vulneración o amenaza se suscita en el contexto de violencia intrafamiliar.

"Entendiéndose por Violencia Intrafamiliar: toda clase de maltrato físico, verbal o atropello a las esferas sexual, psíquica, emocional y afectiva de la víctima (...)"

"En conclusión, corresponde a la Comisaría de Familia de la Comuna Dos (2) de Medellín, con base en lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 294 de 1996 y el decreto reglamentario 4840 de 2007, en armonía con los lineamientos técnicos dictados por el ICBF, llevar a cabo el proceso de restablecimiento de los derechos del adolescente D.A.R.V., junto con los de la niña Y.M.R.V. (Negrilla fuera del texto)

"VI. COLABORACIÓN Y APOYO DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR"

"La Constitución Política declara contundentemente, en el artículo 44, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y en el artículo 209 preceptúa que "las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado".

"Es así como el Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que haya coordinación y apoyo mutuo entre las entidades públicas y privadas para la atención y el cuidado de los niños, con el objetivo de que el respeto y protección a sus derechos, que son fines del Estado, sea eficiente.

"En tal sentido, por ejemplo, el artículo 8° del código establece el principio del interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes en estos términos:

"Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

“De igual manera, el artículo 10 del código establece el principio de la corresponsabilidad, en los siguientes términos:

“Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

“La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

“No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

“Adicionalmente, el artículo 96 del código, en concordancia con el artículo 11 del decreto 4840 de 2007, establece que el seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia está a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

“Por consiguiente, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través del Coordinador del Centro Zonal Nororiental de Medellín - Regional Antioquia, efectuar el seguimiento de dichas medidas y brindar su colaboración y apoyo a la Comisaría de Familia para que lleve a feliz término el restablecimiento de los derechos vulnerados a los niños, en cumplimiento de los mencionados principios y dentro del marco de articulación y coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reorganizado recientemente mediante el decreto 936 del 9 de mayo de 2013 (...).”

Como se observa en la providencia reseñada la competencia para resolver la situación jurídica del menor, le corresponde a la Comisaría de Familia, con base en lo dispuesto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, la ley 294 de 1996 y el Decreto Reglamentario 4840 de 2007, en razón a que está inmerso un maltrato infantil.

El Despacho constata que la remisión del expediente por parte de la Comisaría de CANDELARIA con destino a la Comisaría de Familia de LOS MANGOS, se produce hasta octubre 4 de 2010⁵⁸, es decir más de dos (2) meses adicionales y posteriores a la primera remisión, aduciendo igualmente carencia de competencia para conocer del trámite del asunto, con base en argumentación similar a la inicialmente planteada por el Defensor de Familia a otro lugar igualmente considerado próximo al sitio de atención médica que recibió el menor.

La Comisaría de Familia de LOS MANGOS, dio cuenta de inmediata de la devolución irregular del expediente a quien consideró competente como lo era la propia remitente Comisaría de CANDELARIA, según informe rendido ante la Alcaldía de ese municipio y declaración extrajudicial y testimonio recepcionados por este Despacho Judicial⁵⁹.

⁵⁸ Oficio 205-1 con fecha de 01 de octubre de 2010

⁵⁹ Ver Folios 147-159 pruebas Municipio de Cali y audiencia de pruebas (folio 379-382 más audio y video)

Sin embargo la circunstancia de que ello no haya sido realizado por un medio oficial escrito y que el expediente finalmente resultara extraviado en lugar de reposar por vencimiento de términos en el despacho del Juez de familia, produce inquietud al Juzgado la tardanza en decidir la actuación a partir de dicho momento y hasta cuando se restablece finalmente el derecho con sustento en un informe técnico, producto del trámite de una acción que condujo a un fallo de tutela mediante el cual se ordena restablecer los derechos del menor de retornar al seno de su familia y a esta de recibirlo.

Si el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ tenía su residencia en la municipalidad de CANDELARIA VALLE al momento de ocurrir los hechos y el expediente le fue enviado por parte del Defensor de Familia del Centro zonal LADERA, al Municipio de CANDELARIA desde julio 15 de 2010⁶⁰, aunque los términos para decidir ya estaban corriendo, toda vez que se abrió la actuación desde mayo 28 de 2010⁶¹, no habían transcurrido aun cuatro (4) meses que la norma concede para enviar la actuación administrativa ante el Juez de Familia, sino mes y medio.

El hecho de que el Defensor de Familia de manera acuciosa haya realizado varios llamados de atención a las mencionadas Comisarías de Familia a través de diversos memorandos y en diversas fechas, da cuenta de su interés infructuoso en lograr pronta solución a la problemática⁶², teniendo en cuenta los términos precisados por el artículo 100 parágrafo 2 del Código de Infancia y adolescencia que señala:

*“(...) Parágrafo 2°. En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse **dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación**, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. **Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia** para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar (...)”* (Negrilla fuera del texto).

Se concluye entonces que la conducta omisiva asumida con posterioridad por parte de la Comisaría de Familia del Municipio de CANDELARIA VALLE, ya que no solo dejó vencer los términos para el resarcimiento de los derechos del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO, sino que de manera irregular, en lugar de remitir

⁶⁰ Folio 7 Cuaderno No. 1

⁶¹ Folio 6 Cuaderno No. 1

⁶² Ver folios 8, 12, 14 y 15 del Cuaderno Principal

el caso al Juez de Familia, remitió el expediente con los términos vencidos ante la Comisaría de Familia de LOS MANGOS - Municipio de CALI.

Ahora bien, una vez recibido dicho expediente la funcionaria de la Comisaría de Familia de LOS MANGOS, devuelve de manera irregular el mismo proceso a la Comisaría de Familia de CANDELARIA, sin dejar prueba de dicha entrega, salvo la testimonial, situación que llama la atención de este fallador, teniendo en cuenta la experiencia y recorrido de la funcionaria, en un escenario del trámite de un proceso de alta relevancia (menor maltratado físicamente), dado que el destino de la actuación ha debido ser precisamente el Juez de Familia, todo lo cual conllevó a la tardanza de la decisión acerca de los derechos del menor y de la familia de éste.

De otra parte, se encuentra probado que en medio del cruce de comunicaciones entre estas comisarías y la Defensoría de Familia, por medio de una acción de tutela la madre del menor logró recuperar los derechos que le asistían frente a su hijo, por fallo del Juez Tercero de familia de Palmira Valle y a través del propio ICBF⁶³

- Finalmente se considera acreditado el parentesco existente entre los demandantes NAZLY BORRERO VÁSQUEZ y JUAN PABLO PÉREZ BORRERO con el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ⁶⁴.

10. ANÁLISIS DE SI EXISTIÓ O NO FALLA DEL SERVICIO

Con base en lo anterior y toda vez que en el sub-lite se debate la conducta omisiva y negligente de una entidad del Estado, se considera que dicha omisión en decidir oportunamente la actuación o remitirla al competente por vencimiento de términos, conllevó a menguar los derechos de un menor de tan solo 9 meses de edad, teniendo en cuenta que se lo privó durante un margen de tiempo considerable (cerca de 12 meses) del cuidado maternal y familiar y lo que dicho entorno significa en amor brindado a la criatura.

No obstante, se advierte desde ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los aspectos restantes.

⁶³ Sentencia de tutela c1)

⁶⁴ Folios 3 y 4 Cuaderno No. 141 del 10 de mayo de 2011, (fl 39

10.1. Daño Antijurídico:

Con base en el caudal probatorio allegado al proceso, se acreditó el hecho de la separación del lecho materno del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, por espacio aproximado a un año.

Si conforme se expresó, ni el Hospital Universitario del Valle, ni el Instituto Colombiano der Bienestar Familiar pudieron incurrir en irregularidad alguna, en cuanto por el estado de salud del menor debieron procurar el inicio de una actuación administrativa de restablecimiento de derechos, como consecuencia de su posible maltrato físico atribuible a su señora madre, es claro que a tales entidades no les asiste responsabilidad frente al tema.

En efecto, es menester precisar que el niño ingresó a las instituciones del HUV y el ICBF, en reprochables condiciones de salud; que las autoridades respectivas siguieron el protocolo que la Ley ordena para ello, dando como resultado una medida de protección, como lo es el ser internado en un hogar de paso y solicitar una investigación penal a raíz de los hechos de maltrato familiar percibidos, sin que ello pueda significar en principio responsabilidad de la madre del menor.

Es cierto que la madre del menor se tuvo que privar de una etapa importante de la vida de su hijo, como es el gateo, sus primeros pasos y sus primeras palabras, pero hay que tener en cuenta que el bebé fue retirado de los brazos maternos por presunto maltrato físico, por hechos originados en su versión de los hechos y de una hermana suya; de manera tal que el tiempo que estuvo interno el niño en la Fundación CAICEDO GONZÁLEZ sin que se hayan vencido los términos para resolver su situación jurídica, esto es de mayo 28 a septiembre 28 de 2010, no puede considerarse vulneratorio de ningún derecho, toda vez que el menor estaba bajo una medida de protección, tomada con inmediatez en su momento por el Defensor de Familia y con base a los antecedentes clínicos y familiares reportados apriori por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL VALLE .

Una vez vencidos los términos para resolver la situación jurídica, es decir, a partir de septiembre 28 de 2010, existía el deber para la Comisaría de Familia que conociera del caso y si no había decidido de fondo aún, remitir la actuación al Juez de Familia, deber que según quedó expresado en el análisis probatorio resultó incumplido hasta mayo 18 de 2011, fecha en la que el niño regresa al seno materno, pero por virtud del fallo proferido en desarrollo de una acción de tutela,

de donde se infiere que existió una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico, situación que ni el menor ni los demandantes se encontraban en la obligación jurídica de soportar, al margen de que la Fiscalía General de la Nación donde se adelantó la investigación penal, por el punible de tentativa de homicidio, solo fuera archivada en abril 27 de 2012; es decir cerca de dos años después de ocurridos los hechos y un (1) año después de restablecido el derecho del menor y de su familia vía fallo de tutela.

Esto es, el horizonte cambia después de septiembre 28 de 2010 y comprende hasta mayo 18 de 2011, es decir casi 8 meses de la vida del menor, en los que el Estado no actuó y no permitió que actuara quien tenía competencia frente al tema, ya que le correspondía intervenir al Juez de Familia y no se le permitió dilucidar la solución de la actuación, debido a la actitud negligente asumida por las Comisarias de LOS MANGOS y de CANDELARIA.

Por ello se considera que a partir de dicho momento es que se puede considerar plenamente establecida la existencia del aludido daño antijurídico por omisión en la prestación del servicio, aunado que fue con una orden del juez de tutela, dada a quien ya no tenía competencia (ICBF), que se restablecieran los derechos del menor, volviendo éste al seno materno dadas las circunstancias de extravío del proceso administrativo y de conflicto negativo de competencias planteado por las autoridades a quienes había correspondido el trámite del asunto, pero no decidido por el competente.

Con el fin de determinar si en el caso concreto se le puede atribuir a la entidad accionada, se debe definir el título de imputación, por lo tanto, si constituye deber jurídico a cargo de ésta, resarcir los perjuicios que del aludido daño se derivan.

10.2. Hechos Relevantes para establecer si existió o no falla del servicio:

Desde el punto de vista jurisprudencial el Consejo de Estado ha referido que una vez establecido el daño antijurídico, debe plantearse un juicio de imputación que se puede dar en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Al respecto ha precisado:

“(...) 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 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.

“En segundo lugar, sí no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional (...).”

Como en el caso que nos ocupa, se afectaron derechos de un menor de edad, bueno es traer a colación el fundamento teórico de dicha modalidad de responsabilidad, sobre cuyo particular, el Consejo de Estado, a propósito de la protección de la que deben gozar los niños ha dicho:

“(...) Uno de los principios que establece la mencionada Convención -recogido en el artículo 44 constitucional - establece que un niño puede estar debidamente alimentado, pero sin educación, sin acceso a la cultura o abusado, está desprotegido, pues los derechos que le son propios conforman todo un conjunto que debe estar integrado. Se destaca igualmente que las necesidades de los niños evolucionan con la edad, por lo cual se debe equilibrar los deberes de los padres con tales necesidades. Frente a la protección de los niños y niñas por parte del ordenamiento jurídico e institucional, es claro para la Sala que ella se justifica en cuanto se trata de sujetos de especial protección.

“Al respecto la Corte Constitucional, sostuvo:

““Ese particular reconocimiento y protección se justifica en cuanto se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, según ha manifestado la Corte, son: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”⁵⁹ Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

“Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

““El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”. “Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)” En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años”⁶⁵.

De conformidad con los elementos de convicción antes relacionados, se encuentran debidamente acreditados en el proceso los siguientes hechos:

10.2.1. Que el día 28 de mayo de 2010, el Defensor de Familia mediante auto 404 de la misma fecha, comunicó a la madre que el niño iba ser trasladado en un hogar de paso, levantado acta de amonestación de la misma fecha, por presunto maltrato infantil establecido inicialmente por el establecimiento médico que adelantó el tratamiento de las lesiones padecidas por PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ.

⁶⁵ Corte Constitucional Sentencia C 172 de marzo 2 de 2004

- 10.2.2. Que la entidad competente para decidir dentro de un término de cuatro (4) meses, acerca de si el menor podía o no volver al seno de su hogar era la Comisaría de Familia de CANDELARIA, no obstante se consideró incompetente y remitió la actuación a la Comisaría LOS MANGOS, ya transcurrido dicho término, dependencia que también se consideró incompetente e irregularmente le devolvió el trámite del proceso a la Comisaría LA CANDELARIA y no al Juez de Familia ante quien le correspondía el trámite precisamente por vencimiento de términos para decidir administrativamente el tema.
- 10.2.3. El menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, estuvo separado de su madre y del seno de su familia, ONCE MESES Y VEINTISÉIS (26) DÍAS, no obstante las autoridades administrativas contaban con cuatro (4) meses para decidir la situación; es decir en total permaneció sub judice un período de SIETE (7) MESES Y VEINTISÉIS (26) DÍAS.
- 10.2.4. Que la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, se vio obligada a acudir ante el Juez de Tutela para que mediante orden judicial se restablecieron sus derechos fundamentales como madre al igual que los del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, por lo cual señor Juez Tercero de Familia de Palmira tuteló los derechos invocados, ordenando el retorno inmediato del pequeño al lado de su madre, el cual se hizo efectivo el día 18 de mayo de 2011, con sustento en parámetros técnicos dentro de los cuales intervino la Defensoría de Familia.
- 10.2.5. Que, el Defensor de Familia, después de reiterar con carácter urgente a las Comisarías de Familia de CANDELARIA y LOS MANGOS, que informaran el estado de la actuación administrativa adelantada a favor del niño PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ y al advertir la ausencia de decisión dentro del término de la Ley 1098 de 2006, igualmente solicita la intervención al Procurador 8º Judicial II de Familia de Cali, en pro de los derechos del menor
- 10.2.6. Que la Comisaria de familia de Candelaria Valle, no resolvió la situación jurídica del menor dentro del término legal y remitió el expediente al Comisario de Familia de LOS MANGOS, aduciendo que el domicilio del menor no era CANDELARIA.

- 10.2.7. Que el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, salió bajo de peso de la institución CAICEDO GONZÁLEZ y con quebrantos de salud, originados al parecer en su padecimiento de reflujo y gripa que le genera falta de apetito, tema respecto del cual se brindó el apoyo para ser tratado desde el punto de vista médico por parte de la misma Fundación⁶⁶.
- 10.2.8. Que la Fiscalía 131 Seccional de Candelaria Valle, archivó la investigación que adelantaba por el presunto delito de lesiones personales o tentativa de homicidio en contra del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ⁶⁷.
- 10.2.9. Que el caso a partir del vencimiento de los cuatro (4) meses que confiere la ley, el asunto debe ser de conocimiento del Juez de Familia, norma que no cumplieron las Comisarías de Familia, por no decidir la actuación dentro del término legal, ni remitirla a la autoridad competente (artículo 100 de la Ley 1098 de 2006).

Acreditados como se encuentran los hechos arriba relatados, se analizará la imputabilidad de los mismos a la entidad accionada.

10.3. Nexo causal - Imputabilidad.

El nexo causal se compone de la conexión existente entre los hechos causantes de la falla del servicio y el perjuicio padecido por los demandantes.

En el presente asunto es del caso determinar si el daño antijurídico, generador de perjuicios a los demandantes, se produjo con ocasión de una conducta omisiva y negligente, que ocasionó por casi un año la separación de un bebé de meses de nacido del seno de su madre, teniendo en cuenta que el término para resolver su situación jurídica es de 4 meses (artículo 100 Ley 1098 de 2006).

Para este juzgador, el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad accionada MUNICIPIO DE CANDELARIA VALLE, y el MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, como entidades territoriales, por las siguientes razones a saber:

- Para el momento de los hechos (situación de supuesto maltrato), el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ se encontraba bajo custodia

⁶⁶ Informe extraordinario biopsicosocial de la Fundación Caicedo González (folio 236 y 241), y declaración de la señora MARIA CONSUELO DELGADO en audiencia de pruebas (fl 379 a 382).

⁶⁷ Pruebas de la parte demandante comprende todo el cuaderno 3, con 129 folios.

de su señora madre en el municipio de CANDEALRIA – VALLE y el expediente para conocer del caso fue remitido por parte del Defensor de Familia del Centro Zonal LADERA a dicha municipalidad desde julio 15 de 2010, aún sin vencer el término para decidir el asunto.

- Los términos para el restablecimiento de los derechos del menor y definir su situación jurídica habían empezado a correr desde mayo 28 de 2010, día en que se dio apertura al proceso del menor, tomando como medida preventiva la remisión a un hogar de paso.
- No obstante lo anterior, la Comisaría de Familia del Municipio de CANDELARIA VALLE, remite vía correo el expediente de su competencia, a la comisaría de familia de LOS MANGOS de la ciudad de Cali, en octubre 6 del mismo año, es decir, casi casi tres (3) meses después de haber tenido acceso a la actuación y cinco (5) meses después de la apertura del expediente, es decir vencido el término que la ley le confiere a la autoridad administrativa para pasar la actuación ante el Juez de Familia, establecido en cuatro (4) meses por el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006.
- Una vez recibido el expediente con los términos vencidos, por parte de la señora Comisaria de Familia de LOS MANGOS, actuando de manera irregular, hace devolución del mismo a la Comisaría de LA CANDELARIA, sin pronunciamiento motivado alguno, no obstante que el competente era el Juez de Familia, propiciando con su actuar descuidado la pérdida del expediente, dado que no existe prueba física de pueda constatar su entrega, situación que agravó sobremanera la situación del indefenso infante; es decir, ninguna de las dos funcionarias mencionadas acató el ordenamiento jurídico dispuesto para el presente caso, artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), parágrafo 2, el cual señala

*“(...) **Parágrafo 2º.** En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse **dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación**, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. **Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia** para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar (...)”* (Negrilla fuera del texto).

De lo anterior, se colige, que la funcionaria del Municipio de CANDELARIA, al perder su competencia por dejar vencer los términos, debió remitir expediente al Juez de Familia correspondiente, para que él decidiera de fondo. Por otro lado, la Comisaria de Familia de LOS MANGOS, al recibir el expediente con los términos vencidos, de igual forma la ruta a seguir era remitir el expediente al Juez de Familia correspondiente con la vecindad de la familia del menor. En dicho escenario, adicionalmente se produjo el extravío de la actuación.

Las anteriores conductas, en efecto, son las causas determinantes del daño padecido por la parte actora, cual es la separación injustificada del seno materno de un bebé de un (1) año de edad y hasta casi cumplir los dos (2) años⁶⁸, comprometiendo directamente a la COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA VALLE, y a la COMISARIA DE FAMILIA DE LOS MANGOS, quienes asumen la posición de garantes respecto de los derechos de los menores que se encuentran bajo su custodia⁶⁹.

En conclusión de lo expuesto, el daño antijurídico padecido resulta imputable al MUNICIPIO DE CANDELARIA VALLE y al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI por ser las sedes territoriales de dichas comisarías, ya que el menor estaba bajo su cuidado y protección por mandato legal. En tal sentido, las entidades territoriales se obligan a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, y en el caso concreto, se acreditó la falla del servicio por omisión en su prestación, por su actuar descuidado o negligente, generador de un hecho dañino.

De manera que el Despacho entrará a determinar el alcance probable del daño inferido al menor y a su familia; aclarando no obstante, que en el caso que nos ocupa igualmente existe concurrencia parcial de culpas, en cuanto la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, inicialmente obró en forma negligente, ya que fue bajo su cuidado que se produjeron las lesiones al menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, situación que justamente originó la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, que no llegó a feliz término por no ser decidida oportunamente por las comisarías tan citadas y por no haber sido

⁶⁸ Folio 3

⁶⁹ Respecto a la posición de garante, el Consejo de Estado ha indicado que es: *aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho (...)*. (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 12 de junio de 2013 Exp. 28.390 y del 24 de julio de 2013, Exp. 23.958, entre otras.

remitida la actuación al juez competente. Por tal motivo se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda.

11. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS.

11.1. Perjuicios Inmateriales:

Morales: Es dable destacar, que estos perjuicios refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia de abril 9 de 2014 - Sección Tercera, Subsección A, con ponencia del Consejero HERNÁN ANDRADE RINCÓN, destacó sobre la presunción de este perjuicio respecto a los familiares más cercanos de familiares de personas privadas de la libertad, consideradas como víctimas, ha puntualizado y como cuestión análoga a la que nos ocupa en relación con la posibilidad de reclamar perjuicios⁷⁰:

“(...) resulta necesario precisar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda (...)” (Se resalta).

En este orden de ideas, tenemos que sobre las señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ (madre) el menor JUAN PABLO PÉREZ BORRERO (hermano), y el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, existe o existió una presunción de aflicción emocional y anímica por tiempo injustificado que estuvo ausente del núcleo familiar el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ. La anterior tesis se plantea sobre la base de que la familia solo tuvo posibilidad de acceso al menor a través de visitas controladas que no le permitieron gozar permanente de la posibilidad de brindar y recibir amor de parte del bebé entre uno (1) y cerca de dos (2) años de edad.

En el caso sub judice, de los correspondientes registros civiles de nacimiento se desprenden las relaciones de hijo y hermano que existían entre éste y aquellos,

⁷⁰ Confrontar Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.

respectivamente⁷¹, lo que lleva a inferir la existencia de un perjuicio moral que evidentemente debe repararse, máxime cuando la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción que se desprende de los lazos familiares. Valga precisar, que el menor estuvo ausente de su núcleo familiar una de las etapas importantes de su vida, como es el desarrollo sicomotriz en el ganeo y su primeros pasos, lejos de su familia biológica.

Como quiera que no existe pronunciamiento del Consejo de Estado para liquidar este tipo de perjuicios morales la muerte, lesiones personales o privación injusta de la libertad, este fallador liquidará los mismos de acuerdo al poder discrecional que me otorga la Ley⁷²:

“(...) La discrecionalidad, aseguró, está regida por los siguientes parámetros:

- (i) La indemnización del perjuicio, que no se trata de restitución ni de reparación, se hace a título de compensación en cuanto “... la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia...”;*
- (ii) La tasación del perjuicio, por razón de su naturaleza inmateral, se establece con fundamento en el criterio de la equidad;*
- iii) La determinación del monto deberá sustentarse en los medios probatorios que obran en el proceso, relacionados con las características del perjuicio;*
- iv) Debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad.*

En suma, teniendo en cuenta que los demandantes son acreedores del perjuicio moral invocado, a fin de verificar el *quantum* del mismo, se tendrán en cuenta los nuevos criterios adoptados por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente este Juzgador, pero adaptándolos al caso concreto.

Así las cosas, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral en su mayor grado – caso de muerte del padre, hijo, cónyuge o compañero sentimental – se reconoce una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto a las relaciones afectivas del Segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) se reconoce una indemnización equivalente a 50 salarios mínimos mensuales vigentes (Indemnización por 100 salarios mínimos procede solo cuando perjuicio alcanza su mayor gravedad).

⁷¹ Folios 3 y 4 Cuaderno No. 1

⁷² Consejo de Estado. Sección tercera. Proceso No. 17001233100020030099701 (34063). Sentencia de mayo 8 de 2015

La custodia del menor para tales efectos, la tenía su progenitora. Como el niño presentó lesiones físicas no justificadas por la madre, debió ingresarse a la Fundación CAICEDO GONZÁLEZ, por un supuesto caso de maltrato infantil⁷³; no obstante no logró demostrarse desde el punto de vista penal que la señora NAZLY BORRERO VÁSQUEZ, fuera la autora material de dicho delito, según el expediente adelantado por tentativa de homicidio y – o lesiones personales, que fuera archivado por la Fiscalía General Seccional 131⁷⁴ y en tal sentido la aflicción y ausencia de amor se produce aunque de una manera restringida.

De conformidad con lo anterior, para efectos de efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos donde no hay muerte, ni lesiones personales, y si bien no se da tampoco privación injusta de la libertad, sino un daño con características especiales, el Juez deberá tener en cuenta el grado de cercanía o parentesco que tenía la persona que reclame el perjuicio, con el afectado.

Así las cosas, y como quiera que cada una de las entidades involucradas, refiriéndonos al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CANDELARIA y al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, participaron en la producción del daño se las condenará a pagar la indemnización en un 50 % de la liquidación para cada una.

Teniendo como base en estos parámetros la imposibilidad para el menor y su familia biológica de compartir amor y cuidado, y habida cuenta que se acreditó el parentesco entre los demandantes y la víctima, el monto establecido para todos a efectos de resarcir el perjuicio moral causado, es el siguiente:

NAZLY BORRERO VÁSQUEZ (madre del menor) en quien concurre culpa de la víctima, por lesiones causadas al menor estando bajo su cuidado, afectada por ausencia de decisión oportuna frente al tema	25 SMMLV
PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ (afectado)	50 SMMLV
JUAN PABLO PÉREZ BORRERO (hermano del afectado)	25 SMMLV

Daño a la Vida en Relación: Para referirnos a este tipo de perjuicios, es pertinente destacar apartes de la sentencia de septiembre 14 de 2011, emitida por el Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL

⁷³ Informe extraordinario biopsicosocial de la Fundación Caicedo González (folio 236 y 241), y declaración de la señora MARIA CONSUELO DELGADO en audiencia de pruebas (fl 379 a 382)

⁷⁴ Folios 128 y 129 del Cuaderno No. 3

BOTERO, quien determinó que tal perjuicio es desplazado por el “daño a la salud”, en los siguientes términos:

(...) De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.”

(...) En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia –antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(...)Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial⁷⁵. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

(...)De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

(...)Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

(...)Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas

75

Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.” (se resalta)

Del aparte jurisprudencial transcrito, se colige que el denominado “*daño a la vida de relación*”, mal determinado posteriormente como “*alteración a las condiciones de existencia*”, hoy encuentra cabida en el citado “*daño a la salud*”, el cual reúne en una misma categoría, “*todas las expresiones del ser humano relacionadas con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas*”, entre otras, situación que evita que se reconozcan otro tipo de perjuicios inmateriales distintos al moral por estos mismos conceptos, sin que pueda existir un enriquecimiento sin causa a favor del extremo indemnizado y garantizando con esto los principios de dignidad humana e igualdad material.

Una vez dilucidado lo anterior, igualmente de la reseña jurisprudencial expuesta, encontramos que para que sea procedente reparar el perjuicio denominado “*daño a la salud*”, deben concurrir dos presupuestos a saber: “*i) uno objetivo, determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado; y, ii) el subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.*”

Ahora bien, el apoderado de la parte actora, se limita a solicitar el reconocimiento de 500 SMLMV en total para los demandantes, por concepto del antes llamado “*daño a la vida en relación*”, argumentando que son acreedores del mismo, por la afectación que padecieron al ser disperso su núcleo familiar.

No obstante lo anterior, en el plenario no logró demostrarse plenamente la existencia del presupuesto objetivo referido, por tanto se predica inexistente el perjuicio reclamado como “*daño a la vida de relación*”, hoy “*daño a la salud*”, pues se repite, no se acreditó el presupuesto objetivo para reconocer el mismo, valga decir, el porcentaje de invalidez decretado por un experto, o quizás alguna secuela que le haya surgido al menor como consecuencia de su permanencia, más tiempo del justificado en el hogar de paso, o tal vez algún daño psicológico. De suerte que el mismo será denegado.

Finalmente, en aras de salvaguardar los intereses de la familia, el Despacho dispondrá que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, brinde acompañamiento y seguimiento al caso, de acuerdo con la competencia que le asiste a dicha entidad, que se insiste, no será objeto de condena, por no haberse

acreditado su responsabilidad dentro del trámite dado a las diligencias que nos ocupan.

12. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁷⁶, entre otras cosas, establece que “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁷⁷:

*“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**” (Se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

⁷⁶ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR administrativa y extracontractualmente responsable al **MUNICIPIO DE CANDELARIA VALLE**, y al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con motivo de la separación del seno materno del menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, por espacio aproximado de ocho (8) meses, contados a partir del momento del vencimiento de términos para resolver la situación jurídica del menor.

SEGUNDO.- Consecuente con lo anterior, **CONDENAR** al **MUNICIPIO DE CANDELARIA VALLE** en proporción de un **50%** y al **MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI** en proporción del **50%** a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero : **Perjuicios Inmateriales:**

- Para la señora **NAZLY BORRERO VÁSQUEZ**, el equivalente a **veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, por concepto del perjuicio moral padecido.
- Para el menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, el equivalente a **cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes**, por el mismo concepto.
- Para el menor JUAN PABLO PÉREZ BORRERO el equivalente a **veinticinco (25) salarios mínimos mínimos legales mensuales vigentes**, por el mismo concepto.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

QUINTO.- NO CONDENAR en costas a la entidad demandada.

SEXTO.- ORDENAR al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** brindar acompañamiento, al menor PEDRO SEBASTIÁN BORRERO VÁSQUEZ, y a todo su núcleo familiar, en aras de prevenir una nueva situación de maltrato infantil.

SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia **LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previa las actuaciones pertinentes y las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez