



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

RADICADO: 73001-33-31-003-2012-00027-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: OSVALDO FLOREZ BETANCURT Y OTROS
DEMANDADOS: NACION- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL Y OTROS
TEMA: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - FALLA DE SERVICIO
ASUNTO: SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del proceso de la referencia, no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales.

1. PRETENSIONES¹

1.1 Que se declare administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, de los perjuicios materiales y morales ocasionados a los demandantes, por la falla y/o falta del servicio de la administración que condujo al abuso sexual, del que fue víctima Osvaldo Flórez Betancourt en el programa internado en las instalaciones de la Fundación “Mi Casa” del Bienestar Familiar de la Ciudad de Ibagué, en hechos ocurridos paulatinamente desde el 25 de noviembre de 2009, y en lo sucesivo, incluido el día 27 de noviembre de 2010 fecha en la cual ocurrieron los hechos mencionados.

1.2 Que se condene a las entidades demandadas, a pagar a los demandantes o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivos, actuales y futuros, perjuicios a la integridad física, psicológica y sexual, causados al adolescente Osvaldo Flórez Betancourt producto de la falta al deber del cuidado, seguridad y protección consistentes en el intenso dolor, sufrimiento, angustia y desespero al sufrir las consecuencia del acceso carnal violento agravado por parte de sus compañeros Luis Felipe Martínez Viuche y Edison Enrique Martínez, los cuales se estiman en 490 SMLMV.

1.3. Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. aplicando en la liquidación, la variación promedio mensual del índice de precios del consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del fallo definitivo.

1.1 Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A

2. HECHOS

Como fundamento de las anteriores pretensiones, el apoderado judicial de la parte demandante puso de presente los siguientes **hechos y omisiones**:

¹ Fls. 62 - 63 Cdo. Ppal. Tomo I.

2.1.- Para el día 25 de noviembre de 2009, el entonces menor Osvaldo Flórez Betancourt ingresó al programa internado de la Fundación “Mi Casa” centro de protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, en razón a que unos días antes fue encontrado por parte de los policías de infancia y adolescencia portando estupefacientes; posteriormente, fue trasladado al mencionado instituto en razón a que el defensor de familia encontró que el joven tenía muchos derechos vulnerados entre esos su adicción al consumo de estupefacientes especialmente marihuana.

2.2.- El día 27 de noviembre de 2009, el adolescente Osvaldo fue cambiado del cuarto No. 6 al cuarto No. 2, en donde debió compartir habitación con los también adolescentes: Luis Felipe Martínez Viuche de 17 años de edad y Edison Enrique Martínez de 15 años de edad; quienes al ingreso de Osvaldo, le indicaron que debía practicarles sexo y ante su negativa el joven Luis Felipe Martínez amenazó de muerte a la víctima colocándole un arma blanca en el estómago obligándolo a realizarle sexo oral al joven Edison Enrique mientras él lo violaba penetración por el ano.

2.3.- El día 07 de diciembre de 2009, el adolescente Osvaldo junto con su madre, se acercan a la unidad de infancia y adolescencia ante la Fiscalía 74 Local, interponen denuncia formal contra los adolescentes; Edison Enrique Martínez de 15 años y Luis Felipe Martínez Viuche de 17 años de edad por el delito de acceso carnal violento.

2.4.- En informe técnico médico legal sexológico realizado a la víctima Osvaldo el día 09 de diciembre de 2009, determina que el relato del examinado era coherente, detallado, organizado con elementos que hacen parte de la credibilidad del relato.

2.5.- En el examen físico de este mismo informe se encontró que el examinado Osvaldo Flórez tenía una fisura anal en proceso de cicatrización en el meridiano de las 12, lo cual es compatible con la penetración anal menor de 10 días según los hechos relatados por parte de la víctima.

2.6.- El día 08 de septiembre de 2010, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación por el delito de acceso carnal violento agravado, en contra el adolescente Luis Felipe Martínez, ante el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en esta oportunidad no aceptó cargos.

2.7.- El día 28 de octubre de 2010, se imputaron los cargos por este mismo delito contra el adolescente Edison Enrique Martínez, quien en esta oportunidad fue declarado en contumacia.

2.8.- Posteriormente, los adolescentes aceptaron los cargos por el delito de acceso carnal violento agravado contra la víctima Osvaldo Flórez Betancourt.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Dentro de la oportunidad legal y a través de apoderada judicial, la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social², contesta la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Frente a los hechos, señala que no le consta nada de lo dicho por la parte actora e indica que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

² Fls. 110 – 115 Cdo. Ppal. Tomo I.

Como razones de defensa expone que de acuerdo a los hechos al Ministerio de Salud y Protección Social no se le puede endilgar responsabilidad alguna por los daños y perjuicios irremediabiles causados al joven Osvaldo Flórez Betancourt pues en ninguno de los hechos de la demanda la parte accionante refiere acción u omisión que comprometa la entidad, por el contrario, dirige sus pretensiones para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sea quien indemnice por los daños causado.

Asegura que el Ministerio de Salud y Protección Social, solo está facultado para actuar como ente rector en materia de salud correspondiente en consecuencia a la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector de la protección social y del sistema general de seguridad social en salud; así como de dictar las normas técnicas, administrativas y científicas de obligatorio cumplimiento del sector.

Por lo anterior, señala que para el Ministerio de Salud y Protección Social sea responsable por faltas o fallas en el servicio, se requiere que el hecho que ocasiono el daño, se realice en función directa con las competencias que legalmente se le han asignado, o que, sin que le este expresamente asignado, lo haya asumido por su cuenta y riesgo, asegura que sin estos presupuestos no se dan, no puede deducirse responsabilidad alguna en su contra.

Reitera, que los hechos y omisiones descritos en la demanda se le imputan solamente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, en ningún momento hace alusión al Ministerio de Salud y Protección Social pues no participó en la producción del daño que se le pretende endilgar.

Propone como excepciones las siguientes: “I). *Falta de Legitimación en la causa por pasiva*”. II). *“Inexistencia del daño antijuridico por parte del extinto Ministerio de la Protección Social tampoco del hoy Ministerio de Salud y Protección Social”, III) “Caducidad de la acción” e “Innominada”.*

3.2 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF

El apoderado de la entidad demandada³, se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerar que el daño causado al menor Osvaldo Flórez Betancourt, no fue causado ni por acción y omisión de ningún funcionario de la entidad que representa.

Aduce que, de acuerdo a lo plasmado en el escrito de la demanda, los menores Luis Felipe Martínez Viuche y Edison Enrique Martínez aceptaron cargos por el delito de acceso carnal violento contra Osvaldo Flórez Betancourt, razón por la cual afirma que no existe fundamento ni factico ni jurídico que conlleve a la declaratoria de responsabilidad de la entidad a la que representa.

Sostiene que no hay fallas en la prestación del servicio, toda vez que los menores agresores estaban bajo el cuidado y la custodia inmediata de la Fundación Mi Casa, quien contrataba directamente el personal para efectos de llevar a cabo el contrato de aporte celebrado No 561 de 2008 que consistía en: *“prestar el servicio de brindar atención especializada en CENTRO DE PROTECCIÓN INTERNADO CON CONSUMO SPA, para la protección y restablecimiento de derechos a niños, niñas y adolescentes entre 7 y 18 años en condiciones de amenaza o vulneración conforme a las disposiciones legales y lineamientos y estándares de calidad del ICBF”,* con quienes la entidad no tiene ningún tipo de vínculo laboral.

³ Fls. 126 – 138 Cdo. Ppal. Tomo I.

Refiere que los menores Edison Enrique Martínez y Luis Felipe Martínez Viuche fueron condenados por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantía por el delito de acceso carnal violento contra la víctima, por lo que asegura que son los directos responsables por el daño causado y son los llamados a responder.

Indica que el ICBF solo tuvo conocimiento del hecho a raíz del acompañamiento que se hizo para presentar la denuncia ante la Fiscalía y por el informe presentado por la directora de la Fundación, y como medida ante los hechos ordenó el reintegro del menor Flórez Betancourt a su grupo familiar.

Manifiesta que en el caso objeto de estudio, se presenta el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de un tercero por lo cual señala que se rompe el nexo de causalidad uno de los elementos fundamentales para que se configure la falla del servicio, por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.

Finalmente, arguye que si bien el ICBF es una organización que vela por el pleno desarrollo de la primera infancia y el bienestar de las familias colombianas, tales deberes no revisten carácter absoluto y por tanto solo pueden ser observados bajo las circunstancias particulares de cada caso.

Propone como excepciones las siguientes: I) *“Falta de causa”*, II) *“Exoneración de responsabilidad por culpa de un tercero y rompimiento del nexo de causalidad”* y III) *“Excepción genérica”*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. PARTE DEMANDANTE (Fls. 330-340 Cdo. Ppal. Tomo II).

El apoderado de los accionantes presenta su escrito de alegaciones finales, reiterando los argumentos expuestos en el libelo e insistiendo en la procedencia de las pretensiones, por cuanto dentro del expediente se cuenta con suficiente material probatorio para acreditar la configuración de los elementos de responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas.

Señala que, de acuerdo con los hechos, el ICBF a través de la Fundación Mi Casa – Centro Protección del Instituto, tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad del menor Osvaldo, sin embargo, se abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre dicho menor que fue víctima del delito de acceso carnal violento que le produjo lesiones personales y psicológicas mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de dicha Fundación.

Indica que es incuestionable el hecho de que el Estado debió implementar todas las medidas de seguridad y protección para evitar que el menor Flórez Betancourt resultara lesionado, por lo que asegura que si la entidad quería exonerarse de responsabilidad debió acreditar una causa extraña como un hecho determinante y exclusivo de la víctima, sin embargo, afirma que en el asunto concreto no quedó demostrada dicha circunstancia.

Refiere que es evidente la falla del servicio por parte de la entidad demandada, por su actuar descuidado y negligente en la producción del hecho dañoso e indica que la Constitución Política Nacional tiene especial protección de la infancia, la niñez y la adolescencia estableciendo diversos principios, derechos y garantías fundamentales.

Finalmente, solicita declarar a las entidades demandadas administrativamente responsables por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes y

en consecuencia se ordene la indemnización equivalente a la establecida en el dictamen pericial allegado el 12 de julio de 2016 por el perito Orlando Jimmy Bulla Obando.

4.2. NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (Fls. 342-348 Cdno. Ppal. Tomo II).

Dentro de su escrito de alegaciones finales refiere la apoderada, que el Ministerio de Salud y Protección Social es el ente rector de las políticas generales en materia de salud, pensiones y riesgo profesionales y no una entidad prestadora de servicios de salud, así mismo, manifiesta que no es posible jurídicamente que un organismo de orden nacional, como lo es el Ministerio de Salud y Protección Social, tome determinaciones y asuma competencias asignadas a las entidades territoriales.

Indica que para determinar la responsabilidad de una entidad estatal se debe determinar si el daño cuya reparación pretende, se generó en cumplimiento de su función pública o en el marco de la prestación de un servicio público, el cual puede ser prestado directamente por estado o a través de particulares.

Señala que el sistema general de protección social como esquema de organización multidisciplinario tiene claramente establecidas y delimitadas las competencias y las funciones para obviar colisiones y vacíos de responsabilidad, competencias que para cada una de ellas están claramente determinadas en la normatividad vigente.

Solicita denegar las pretensiones de la demanda frente al Ministerio de Salud y Protección Social; declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y exonerar a esa entidad de cualquier responsabilidad en caso objeto de estudio.

4.3. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF (Fls. 349-353 Cdno. Ppal. Tomo II).

El apoderado de la entidad demandada, manifiesta que no hay fallas en la prestación del servicio, en tanto que no se le puede imputar a la entidad estatal el daño sufrido, porque los menores agresores estaban al cuidado y bajo la custodia inmediata de la Fundación Mi Casa, quien contrataba directamente el personal para llevar a cabo el contrato de aporte celebrado No 561 de 2008 con el ICBF.

En cuanto al daño causado al menor Osvaldo Flórez Betancourt, asevera que no fue causado ni por acción u omisión de ningún funcionario del Instituto Colombiano Bienestar Familiar - ICBF, pues afirma que de acuerdo a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Ibagué los menores Luis Felipe Martínez Viuche y Edison Enrique Martínez aceptaron cargos por el delito de acceso carnal violento contra Osvaldo Flórez Betancourt, razón por la cual asegura que no existe fundamento fáctico ni jurídico que conlleve a la declaratoria de responsabilidad del ICBF.

Respecto a la imputación del daño, es decir, quien fue el autor y la relación de causalidad del perjuicio y el autor del mismo, asegura que este fenómeno de causalidad no existe, pues las consecuencias no fueran causadas por ninguna acción u omisión de la entidad o de sus agentes, sino que estas se debieron al hecho de un tercero con lo cual se rompe el nexo de causalidad.

Así las cosas, insiste que el daño causado, proviene estrictamente de la responsabilidad a cargo de una tercera persona que arguye se encuentran debidamente determinados y fueron condenados, como lo son los menores Edison Enrique y Luis Felipe Martínez, contra quienes los demandantes deben buscar el resarcimiento del daño causado, por lo

que sostiene que no es posible la adjudicación de la responsabilidad a la entidad que representa.

Finalmente, indica que si bien el Estado en cabeza del ICBF, tenía la posición de garante, solo le es imputable cuando está en la posibilidad real de evitar el resultado, cuando tenía los medios necesarios o suficientes para hacerlo, si no los tenía, no se le puede imputar porque nadie está obligado a lo imposible, es decir, que donde se produjo el hecho fue en la Fundación Mi Casa por lo cual quienes tenían el deber de evitar la situación o tomar las medidas necesarias preventivas, eran los empleados de la fundación en cumplimiento del contrato No 561 de 2008.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Procede el despacho a determinar si la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, son responsables administrativa y patrimonialmente, por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia del acceso carnal violento que fue objeto el menor Osvaldo Flórez Betancourt, en hechos ocurridos el 27 de noviembre de 2009 en la Fundación “MI CASA”, centro de protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1. Tesis de la Parte Accionante.

Debe accederse a las pretensiones de la demanda, como quiera que está acreditada la falla del servicio por parte de las entidades demandadas, pues tenían el deber legal de cuidar y proteger al menor Osvaldo Flórez Betancourt, quien se encontraba bajo la custodia de la Fundación “Mi casa”, evitando que se produjera alguna afectación en su vida e integridad.

6.2. Tesis Nación- Ministerio de Salud y Protección Social

Deben negarse las pretensiones respecto a la entidad, en razón a que, el accionante en ningún momento refiere acción u omisión que comprometa la entidad, por el contrario, dirige sus pretensiones en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el fin de que indemnice por los daños morales y materiales causados, y al ser este un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, es en quien recae toda la responsabilidad judicial.

6.3 Tesis Instituto Colombiano De Bienestar Social-ICBF

Señala que deben negarse las pretensiones de la demanda, toda vez que el daño no fue causado ni por acción u omisión de ningún funcionario del Instituto Colombiano Bienestar Familiar - ICBF, por el contrario, quedó acreditado que la responsabilidad está a cargo de una tercera persona, presentando el eximente de responsabilidad culpa exclusiva de un tercero, por lo cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a dicha entidad.

6.4. Tesis del despacho.

El despacho accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarara probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto del Ministerio de Salud y de la Protección Social, declarará administrativa y patrimonialmente responsables a la demandada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- por los daños ocasionados al menor Osvaldo Flórez Betancourt, por los hechos ocurridos el 27 de noviembre de 2009

en la Fundación “MI CASA”, centro de protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuando se encontraba interno con medida preventiva por su adicción al consumo de estupefacientes especialmente marihuana y se condenará al pago de los perjuicios morales a los demandantes⁴ y al pago al daño a la salud a Osvaldo Flórez Betancourt, en calidad de la víctima directa de los hechos.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
<p>1. Que Osvaldo Flórez Betancourt es hijo del señor Carlos Alberto Flórez y Besaida Betancourt y hermano de Wilder Alberto Flórez Betancourt y Diana Milena Flórez Betancourt.</p>	<p>Documental. Copia de certificación suscrita por el Notario Principal de la Notaria Única del Círculo de Abejorral (Antioquia) y Registro Civil de Nacimiento. (Fls.57 - 59 Cuaderno Principal Tomo I)</p>
<p>2. Entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y la Fundación “MI CASA” de Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima, se suscribió el Contrato de aporte No. 561 el 26 de noviembre de 2008, cuyo objeto consistía en:</p> <p><i>“Brindar atención especializada en CENTRO DE PROTECCIÓN INTERNADO CON CONSUMO SPA para la protección y el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes entre 7 y 18 años en condiciones de amenaza y vulneración, conforme las disposiciones legales, lineamientos y estándares de calidad del ICBF”.</i></p> <p>Se tiene que la ejecución del contrato sería por un término de 19 meses contados a partir del 1 de diciembre de 2008 previa suscripción del acta de inicio y se mantendría vigente durante la ejecución del contrato y 4 meses más.</p>	<p>Documental. Copia del contrato de aporte No 561 suscrito entre Familiar -ICBF y la Fundación MI CASA de Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima. (Fls 149-157 del Cuaderno Principal Tomo I)</p>
<p>3. El 07 de diciembre de 2009, mediante formato único de noticia criminal de la Fiscalía General de la Nación, Rad. 73001600135600900254 Osvaldo Flórez Betancourt interpuso denuncia en contra de Edison Enrique Martínez y Luis Felipe Martínez Viuche por el delito de acceso carnal violento, en hechos ocurridos el 27 de noviembre de 2009 en la Fundación “MI CASA”</p>	<p>Documental. Copia de Formato Único de Noticia Criminal de la Fiscalía General de la Nación. (Fls 8 - 11 del Cuaderno Principal Tomo I)</p>
<p>4. Mediante documento enviado al Defensor de Familia del ICBF Centro Zonal Jordán, denominado <u>“reporte de acontecimientos de abuso sexual, acciones institucionales ante situación de abuso sexual presentando dentro de la institución y solicitud de cambio de medida del adolescente Osvaldo Flórez Betancourt programa de internado”</u>, suscrito el 07 de diciembre de 2009, la directora, el psicólogo y trabajadora social de la Fundación “Mi Casa”, conceptúan:</p> <p><i>“(…) en razón a lo anterior nos permitimos sugerir que mientras la situación se aclare y teniendo en cuenta la condición de amenaza en que se encuentra el adolescente dentro de la institución, este sea reintegrado de manera inmediata a su medio familiar, al igual que sea reubicado en la modalidad de intervención de apoyo para continuar brindando atención especial al adolescente y su familia en cuanto a la superación a la dependencia del consumo de SPA y respecto de la situación específica acontecida desde donde le continuaremos realizando el apoyo y seguimientos requeridos (...)”</i></p>	<p>Documental. Copia de <i>“reporte de acontecimientos de abuso sexual, acciones institucionales ante situación de abuso sexual presentando dentro de la institución y solicitud de cambio de medida del adolescente Osvaldo Flórez Betancourt programa de internado”</i> del 7 de diciembre de 2009 (Fls 16 - 18 del Cuaderno Principal Tomo I)</p>

⁴ A los parientes se disminuirá la indemnización por su corresponsabilidad en las circunstancias que conllevaron al internamiento de la víctima directa

<p>5. Que, en acta extraordinaria del 09 de diciembre de 2009, el equipo técnico de la Fundación “Mi casa” analiza el caso del menor Osvaldo Flórez, en cual deciden entre otras cosas:</p> <p><i>(...) Reubicar al adolescente Viuche y vigilarlo de manera especial para neutralizar cualquier posibilidad de evasión o de maltrato a compañeros (...) Informar a los formadores involucrados en las declaraciones del NA Osvaldo Flórez, que se abre investigación sobre el caso y que seguramente serán requeridos por la fiscalía para declarar sus versiones sobre el proceso (...)</i></p>	<p>Documental. Copia de acta de reunión extraordinaria del 09 de diciembre de 2009, conformada por el equipo técnico de la Fundación “Mi casa”, caso Osvaldo Flórez (FIs 21-25 del Cuaderno Principal Tomo I)</p>
<p>6. Que mediante informe técnico médico legal sexológico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizado al menor Osvaldo Flórez Betancourt, de fecha 09 de diciembre de 2009, se concluyó:</p> <p><i>“1. El relato del menor es compatible con ASALTO SEXUAL. 2. El relato del examinado es coherente, detallado, organizado, con elementos que hacen parte de la credibilidad del relato. 3. Al examen físico se encuentra una fisura anal en proceso de cicatrización en el meridiano de las 12, lo cual es compatible con penetración anal menor de 10 días. 4. Se requiere valoración médica para la toma de exámenes de VIH, serología sífilis, hepatitis B para complementar el presente dictamen. Se sugiere valoración por psiquiatría forense”</i></p>	<p>Documental. Copia del informe técnico médico legal sexológico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses practicado el 09 de diciembre de 2009. (FIs 19 - 20 del Cuaderno Principal Tomo I)</p>
<p>7. Según constancia suscrita por el Técnico Centro de Servicios SRPA, el 12 de octubre de 2010, se genera ruptura procesal con nuevo número único de radicado 73001600000201000093 NI-395 contra <u>Luis Felipe Martínez Viuche</u> por el delito de acceso carnal violento, correspondiendo al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué y continua el caso original No. 730016001356201000254 NI-263 contra <u>Edison Enrique Martínez</u> por el delito de acceso carnal violento y se envía al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de conocimiento de Ibagué.</p>	<p>Documental. Copia de constancia suscrita por el técnico de Centro de Servicios SRPA el 12 de octubre de 2010 (FIs 278 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo II)</p>
<p>8. Que, según acta de audiencia del 28 de octubre de 2010, suscrita por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, declara en CONTUMACIA al entonces adolescente Edison Enrique Martínez.</p>	<p>Documental. Copia acta de audiencia del 28 de octubre de 2010 del Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué (FIs 908 y 909 del Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo V)</p>
<p>9. Que el 21 de febrero de 2011, el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de conocimiento de Ibagué, resuelve la solicitud elevada de manera conjunta por las representantes de la defensa, para que se declare la unidad procesal de la causa seguida contra el entonces adolescente Luis Felipe Martínez Viuche, retomando la unidad procesal de los procesos con radicados 73001600000201000093 y 730016001356201000254.</p>	<p>Documental. Copia de la providencia del 21 de febrero de 2011 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué (FIs 191 - 194 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo I)</p>
<p>10. En audiencia preparatoria del 08 de marzo de 2011, realizada por el Juzgado Primero Penal del Circuito para adolescentes con función de conocimiento de Ibagué, se dispone la ruptura procesal en razón a que el adolescente Luis Felipe Martínez Viuche se allana a los cargos.</p>	<p>Documental. Copia de acta de audiencia preparatoria del 08 de marzo de 2011 - del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué (FIs. 1101-1102 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo VI)</p>
<p>11. Que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Adolescentes con Función de Conocimiento de la Ciudad de Ibagué, el 12 de mayo de 2011 profirió sentencia condenatoria en contra del adolescente Luis Felipe Martínez Viuche por el delito de acceso carnal violento imponiendo</p>	<p>Documental. Copia de la sentencia del 12 de mayo de 2011 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de</p>

<p>como sanción privativa de la libertad en centro de atención especializado por el término de 50 meses.</p>	<p>Conocimiento. (Fls 109 - 121 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo I)</p>
<p>12. El 01 de marzo de 2016 mediante audiencia de preclusión, el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, accede a la solicitud de preclusión efectuado por la Fiscalía en el sentido que procede a la declaratoria de la extinción de la acción penal a favor del adolescente EDISON ENRIQUE MARTINEZ nacido el 20 de febrero de 1994, por el delito de acceso carnal violento en razón a que el adolescente cumplió su mayoría de edad.</p>	<p>Documental. Copia de acta de audiencia de preclusión del 01 de marzo de 2016- Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué. (Fls 613 - 615 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo IV)</p>
<p>13. Que el 09 de enero de 2010 el Director Jurídico disciplinario de la Fundación “Mi Casa”, informa que:</p> <p><i>“(…) luego de un acucioso análisis de las versiones recibidas, los interrogatorios absueltos, esta oficina no haya laboralmente responsables a los sujetos procesales investigados por las infracciones de negligencia laboral, confianza imprudente, desprotección al menor y omisión de socorro, desacato a las instrucción y políticas de la Fundación, entre otros en el caso que denunció el adolescente Osvaldo Flórez Betancourt (...)”</i></p>	<p>Documental. Copia del documento de Ref.: Procedimientos disciplinarios del 09 de enero de 2010. (Fls. 51 y 52 del Cuaderno Principal Tomo I)</p>
<p>14. Según acta de control de audiencia en la etapa de juicio del 9 de noviembre de 2011, el Fiscal 55 Seccional de Infancia y Adolescencia, indica que se compulsaron copias para que se investiguen a los educadores.</p>	<p>Documental. Copia de acta de control de audiencia en la etapa de juicio del 09 de noviembre de 2011. (Fl. 551 del Cuaderno de pruebas parte demandante tomo III)</p>
<p>15. El día 03 de septiembre de 2013, se recibe testimonio de la señora Diana Patricia Cardoso Verástegui, quien era defensora pública para la fecha de los hechos, en el que manifestó entre otras cosas que:</p> <p><i>“conocí a Osvaldo Flórez en razón a que fue víctima en un proceso penal de acceso carnal abusivo (...) para la época de los hechos y en razón a que me encontraba de turno, me reportaron por parte del centro de servicios SEPA - Sistema de responsabilidad penal para adolescentes que se iría a realizar una audiencia concentrada; una vez llegué al lugar encontré a los jóvenes Edison Martínez y Luis Felipe Martínez, donde se me informa que estos jóvenes había accedido carnalmente a otro joven dentro del Centro de Protección a cargo del Bienestar Social (...) les pregunte, que había pasado con relación al delito de acceso carnal violento que iban a ser imputados por la fiscalía, uno de ellos esto fue el joven de apellido Viuche, me informó que el reconocía que si había accedido carnalmente a otro compañero de habitación, y que el joven Edison Enrique también había participado de estos actos, sin embargo, este último manifestó su voluntad de no aceptar los cargos, en razón a que según él, solo el que lo había accedido era el joven de apellido Viuche, y que solo el cuidaba y custodiaba la puerta para que no fueran sorprendidos por los docentes que se encontraban en este centro y por el personal de seguridad (...) me entrevisté de nuevo con el joven Viuche que se encontraba privado de la libertad en ocasión a este delito en el Politécnico Luis A Rengifo, en razón a que el joven Edison Enrique Martínez, fue dejado en libertad por que tan solo contaba con 15 años de edad (...) antes de dar inicio a la audiencia de formulación de acusación el joven Viuche me informa su interés y voluntad de aceptar cargos, en razón a que reconoció que el sí accedió carnalmente a su compañero de habitación, el joven Osvaldo que fue declarado como víctima dentro de este proceso penal (...) una vez realizada la audiencia, el juez de conocimiento, del SESPAC constata que el joven Viuche aceptó los cargos de manera consiente, voluntaria y sin ningún tipo de coacción. Posteriormente, se fija fecha para audiencia de imposición de</i></p>	<p>Documental. Acta de recepción de testimonio del 03 de septiembre de 2013 suscrita por la señora Diana Patricia Cardoso Verástegui (Fls 607 - 609 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo IV)</p>

<p>sanción y lectura del fallo (...) imponiendo como sanción privación de libertad en el politécnico “Luis A Rengifo de la ciudad de Ibagué (...) Con relación al joven Edison Martínez, como ya quedo anotado para la fecha de los hechos contaba con 15 años de edad, y desde el momento de la audiencia de formulación de imputación quedo en libertad por su edad, la defensa y la fiscalía desconoce su paradero, es por esta razón que después de casi dos años y medio de estos hechos, aun se sigue fijando audiencia para la formulación de acusación con relación a este joven, que por voluntad propia nunca ha querido asistir a las audiencias, y dada la ruptura procesal que hubo en este proceso, el adolescente Viuche fue condenado y el joven Édison Martínez continua en libertad porque no se ha podido lograr su arraigo para poderlo vincular de nuevo al proceso (...).”</p> <p>“(...) recuerda que fue en el año 2009 entre los meses de octubre y noviembre, y los hechos fueron en el centro de protección del bienestar familiar, donde se encontraban los usuarios y el joven víctima compartiendo habitación (...) parte de mi asesoría siempre va enfocada en informarle a los usuarios acerca de la posibilidad que tienen de indemnizar y reparar integralmente a la víctima de un delito penal, sin embargo, dadas las circunstancias económicas, me informaron no contar con los recursos para sufragar dicha indemnización o reparación integral de perjuicios (...)</p>	
<p>16. En la misma fecha se recibe el testimonio del señor Oscar Mauricio López Nieto médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para que exponga el dictamen médico legal rendido el 09 de diciembre de 2009:</p> <p>“(...) Luego de revisar el expediente, señala que el 09 de diciembre de 2009, practica un dictamen técnico Médico legal sexológico, al entonces menor Osvaldo Flórez Betancourt, y en cuyo dictamen se plasman las palabras que refirió el examinado sobre lo ocurrido, se anotan los hallazgos encontrados particularmente al examen anal, y con base en lo anterior, se dictó una conclusión, en la que se anota que el relato del menor es compatible con asalto sexual, que dicho relato es coherente, detallado, organizado con elementos que hacen parte de la credibilidad del relato, y que en el examen físico se encontró una fisura anal en proceso de cicatrización en el meridiano de las 12, lo cual compatible con penetración anal con menos de 10 días (...) Informa el Dr. López Nieto al Despacho, su ratificación en el dictamen médico - legal sexológico, de fecha del 09 de diciembre de 2009. (...)”</p>	<p>Documental. Acta de recepción de testimonio del 03 de septiembre de 2013 suscrito por Oscar Mauricio López Nieto médico del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Fls 609 Vuelto - 610 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo IV)</p>
<p>17. En el informe pericial de Rad: DSTLM-DRSUR-00829-C-2017 del 20 de enero de 2017, suscrito por la profesional especializada forense Nancy Gordillo Ramirez, se concluyó:</p> <p>“1) El examinado Osvaldo Flórez Betancourt presenta sintomatología de origen psicológica consistente en cambios en el estado de ánimo, temor, inseguridad, irritabilidad, que altera su funcionamiento global, dificulta la convivencia familiar.</p> <p>2) Las posibles alteraciones a nivel de la sexualidad no son competencia de esta pericia.</p> <p>3) La sintomatología de origen psicología altera el funcionamiento global del examinado y se constituye en daño psíquico de intensidad moderada.</p> <p>4) Se sugiere remisión a tratamiento psicoterapéutico”</p>	<p>Documental. Informe pericial de Rad: DSTLM-DRSUR-00829-C-2017 del 20 de enero de 2017, suscrito por la profesional especializada forense Nancy Gordillo Ramirez. (Fls 22 - 25 Cuaderno Pericial)</p>

8. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

8.1. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

De acuerdo con el artículo 90 Constitucional, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; responsabilidad que se hace patente cuando se configura un daño antijurídico, entendido este, como aquel sufrido por un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio⁵.

La falla del servicio es un título de imputación de responsabilidad del Estado del régimen subjetivo, por la acción, omisión o extralimitación de funciones, de un agente suyo o de un particular en ejercicio de funciones públicas.

El Consejo de Estado, a partir del artículo 90 de la CP, ha indicado los elementos o presupuestos estructurantes de la responsabilidad, en la sentencia del doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014)⁶, en los siguientes términos:

“Para que se declare la responsabilidad de la administración pública es preciso que se verifique la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como la imputación fáctica y jurídica del mismo a la administración pública.

El daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente –que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar o debatir el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.

La antijuricidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que, precisamente, se determine que la vulneración o afectación de ese derecho contravenga el ordenamiento jurídico, en tanto no exista el deber jurídico de tolerarlo. De otro lado, es importante precisar que la antijuricidad del daño no se relaciona con la legitimidad del interés jurídico que se reclama. En otros términos, no constituyen elementos del daño la anormalidad, ni la acreditación de una situación jurídica protegida o amparada por la ley; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una situación ilícita, caso en el que no habrá daño antijurídico pero derivado de la ilegalidad de la conducta.

De allí que, la Sala no prohija interpretaciones ya superadas según las cuales era preciso que se acreditara una situación legítima –más no legal–, pues se trata de un carácter que en la actualidad no se predica del daño, pues el mismo sirvió de fundamento para negar perjuicios a situaciones que revistiendo la connotación de daños, eran censuradas moralmente (v.gr. los perjuicios reclamados por los entonces mal llamados concubinos o concubinas, los daños irrogados a trabajadoras sexuales, etc.)⁷.

2.2. Definida la existencia del daño antijurídico, corresponde establecer, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, si se encuentra o no configurado el segundo elemento de la responsabilidad, esto es, la imputación.”

En ese entendido, y atendiendo en cuanto fuere posible el principio IURA NOVIT CURIA, el despacho entrará a analizar el presente caso bajo el título de imputación de la falla del servicio; por lo tanto, deberá analizarse primeramente si se encuentra demostrada la conducta de la administración.

⁵ Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

⁶ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C; consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014); Radicación número: (2014 11-12)05001-23-31-000-1995-00114-01 (29.595); Demandante: Clara Emilia Peláez Gómez y otros; Demandado: Departamento de Antioquia y otros;

⁷ “La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría.” HENAO, Juan Carlos “El daño”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 95.

8.2. Régimen de Responsabilidad Respecto de Personas Recluidas en Centros Carcelarios o de Detención.

El Consejo de Estado en Sentencia del 13 de noviembre de 2018, radicado 08001-23-31-000-2005-00796-01 46120, demandante: María Elvira Henao de Sosa y Otros, demandado: Rama Judicial y Otros, Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico; respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado por daños a reclusos y/o detenidos Señaló:

“Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado en la integridad sicofísica del recluso y/o detenido, la Sala ha manifestado que el mismo resulta imputable al Estado, por regla general, bajo el título de imputación objetiva de responsabilidad, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentra y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política; sin embargo, lo anterior no obsta para que la Sala declare, si hay lugar a ello, la configuración de una falla del servicio, en el caso de encontrarla probada y, siempre que no se configure como eximente de responsabilidad una causa extraña.”

Respecto a las causales eximentes de responsabilidad, por daños irrogados a los reclusos y/o detenido, se indica en la providencia en comentario, lo siguiente:

“Asimismo, debe precisarse que en materia de daños causados a detenidos y/o reclusos, la causa extraña tiene plena operancia en sus diversas modalidades como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica respecto de los daños ocasionados a reclusos resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública. En cada caso en el cual se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, deberán analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se hubiere producido el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que tales eximentes de responsabilidad tengan plenos efectos liberadores, resulta necesario que la causa extraña sea exclusiva, esto es, única, del daño y que, por tanto, constituya la raíz determinante del mismo.”

Así las cosas, el régimen por excelencia aplicable a los perjuicios causados a las personas privadas de la libertad en centros carcelarios o de detención es el objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales de sujeción en las cuales se encuentra, no obstante, también se puede configurar una falla del servicio, en el caso de encontrarla probada y, siempre que no se configure como eximente de responsabilidad una causa extraña.

8.3. De la Responsabilidad en la asistencia y protección de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

De acuerdo a lo normado en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política y en los artículos 10 y 15 de la Ley 1098 de 2006, existe una corresponsabilidad tripartita entre la familia, la sociedad y el Estado en la obligación de asistir y proteger a los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo armónico e integral y formarlos para el ejercicio pleno y responsable de sus derechos.

Cuando los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran amenazados y/o han sido vulnerados, en aras de buscar los correctivos para cesar la amenaza o vulneración y/o el resarcimiento de los perjuicios causados, se hace necesario establecer, el grado de cumplimiento de sus obligaciones por parte de cada uno de los responsables de su asistencia y protección.

8.3.1. De la Responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La competencia del Estado en la responsabilidad en la asistencia y protección de los niños, niñas y adolescentes para garantizar su desarrollo armónico e integral y formarlos para el

ejercicio pleno y responsable de sus derechos, se encuentra en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Ley 1098 de 2006, por medio del cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el artículo 16 señala:

“ARTÍCULO 16. DEBER DE VIGILANCIA DEL ESTADO. Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado.

De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de Bienestar Familiar compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las Instituciones del Sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción.”

Así pues, está legalmente consagrado que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Los hechos objeto de la demanda tuvieron ocurrencia en la Fundación Mi Casa quien tenía en custodia al menor Osvaldo Flórez Betancourt, en virtud a convenio suscrito entre ésta y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para brindar atención especializada como Centro de Protección Internado Con Consumo SPA para la protección y el restablecimiento de derechos a niños, niñas y adolescentes entre 7 y 18 años en condiciones de amenaza o vulneración conforme a las disposiciones legales, lineamientos y estándares de calidad ICBF vigentes. Por lo tanto, la responsabilidad por los perjuicios causados al menor y a su familia esta es cabeza del Estado representado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector de la política pública y sería del caso de la Fundación Mi Casa por ser el prestador directo del servicio, quienes estarían obligados solidariamente a repararlos. No obstante, al haberse admitido el llamamiento en garantía en contra de la Fundación Mi Casa el 14 de agosto de 2012, mediante auto de fecha 14 de diciembre de 2012, se declaró el desistimiento tácito del llamamiento en garantía con fundamento a que la parte llamante Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, no acreditó los gastos para la notificación del llamamiento en garantía.

8.3.2. La Corresponsabilidad de la familia frente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

De acuerdo a lo normado en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política y en los artículos 10 y 15 de la Ley 1098 de 2006, existe una corresponsabilidad tripartita entre la familia, la sociedad y el Estado en la obligación de asistir y proteger al niño, niña y adolescente para garantizar su desarrollo armónico e integral y formarlos para el ejercicio pleno y responsable de sus derechos.

En el caso de la familia entre sus obligaciones para con los niños, las niñas y los adolescentes, se destacan: (i) la de protegerlos contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal; (ii) formarles, orientarles y estimularles en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía; (iii) prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales⁸. Las anteriores obligaciones en armonía con la responsabilidad parental, que entre otros aspectos comporta la obligación inherente a la orientación, cuidado y custodia personal y permanente, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación; lo que

⁸ Artículo 39 numerales 1, 3 y 14 de la Ley 1098 de 2006

incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos⁹.

Respecto a los derechos de protección de los niños, las niñas y los adolescentes, se destacan para lo que interesa en el presente asunto, aquellos contra: (i) el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización; y (ii) la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad¹⁰.

9. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO

Para declarar la responsabilidad del Estado, debe verificarse la existencia de los tres elementos estructurantes de la responsabilidad estatal, a saber: **i)** la existencia de un daño antijurídico; **ii)** la imputación del daño a la acción u omisión de la autoridad pública; y **iii)** el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación.

9.1. EL DAÑO

En el *sub examine*, se encuentra debidamente acreditado que el 07 de diciembre de 2009, mediante formato único de noticia criminal de la Fiscalía General de la Nación, Osvaldo Flórez Betancourt interpuso denuncia en contra de los entonces menores Edison Enrique Martínez y Luis Felipe Martínez Viuche por el delito de acceso carnal violento, en hechos ocurridos el 27 de noviembre de 2009 en la Fundación “MI CASA”. (Copia de Formato Único de Noticia Criminal de la Fiscalía General de la Nación. fls 8 - 11 del Cuaderno Principal Tomo I)

Mediante documento enviado al Defensor de Familia del ICBF Centro Zonal Jordán, denominado “reporte de acontecimientos de abuso sexual, acciones institucionales ante situación de abuso sexual presentando dentro de la institución y solicitud de cambio de medida del adolescente Osvaldo Flórez Betancourt programa de internado”, suscrito el 07 de diciembre de 2009, la directora, el psicólogo y trabajadora social de la el Fundación “Mi casa”, conceptúan:

“(...) en razón a lo anterior nos permitimos sugerir que mientras la situación se aclare y teniendo en cuenta la condición de amenaza en que se encuentra el adolescente dentro de la institución, este sea reintegrado de manera inmediata a su medio familiar, al igual que sea reubicado en la modalidad de intervención de apoyo para continuar brindando atención especial al adolescente y su familia en cuanto a la superación a la dependencia del consumo de SPA y respecto de la situación específica acontecida desde donde le continuaremos realizando el apoyo y seguimientos requeridos (...)”. (Copia de “reporte de acontecimientos de abuso sexual, acciones institucionales ante situación de abuso sexual presentando dentro de la institución y solicitud de cambio de medida del adolescente Osvaldo Flórez Betancourt programa de internado” del 7 de diciembre de 2009 (Fls 16 - 18 del Cuaderno Principal Tomo I)

Que por los delitos sexuales violentos de que fue objeto el entonces menor Osvaldo Flórez se adelantaron los procesos número único de radicado 730016000000201000093 NI-395 contra Luis Felipe Martínez Viuche por el delito de acceso carnal violento, correspondiendo al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué y el proceso No. 730016001356201000254 NI- 263 contra Edison Enrique Martínez por el delito de acceso carnal violento, tramitado por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de conocimiento de Ibagué. Que el Juzgado

⁹ Artículos 14 y 23 de la Ley 1098 de 2006

¹⁰ Artículo 20 numerales 3 y 4 de la Ley 1098 de 2006

Primero Penal del Circuito de Adolescentes con Función de Conocimiento de la Ciudad de Ibagué, el 12 de mayo de 2011 profirió sentencia condenatoria en contra del adolescente Luis Felipe Martínez Viuche por el delito de acceso carnal violento imponiendo como sanción privativa de la libertad en centro de atención especializado por el término de 50 meses. (Fls 109 - 121 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo I)

El 01 de marzo de 2016 mediante audiencia de preclusión, el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, accede a la solicitud de preclusión efectuado por la Fiscalía en el sentido que procede a la declaratoria de la extinción de la acción penal a favor del adolescente Edison Enrique Martínez nacido el 20 de febrero de 1994, por el delito de acceso carnal violento en razón a que el adolescente cumplió su mayoría de edad. (Fls 613 - 615 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo IV)

9.2. IMPUTACIÓN

Ahora bien, respecto de la imputación del daño se sostiene que el demandante tiene la obligación de probar que el daño causado tiene su origen en una conducta de acción u omisión por parte de la administración¹¹.

La imputación que se edificó en la demanda para deprecar la responsabilidad patrimonial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF adscrito al Ministerio de Salud y Protección Social, se fundamentó en que incurrió en responsabilidad de tipo directo que se evidencia en la falla del servicio, en cuanto a que la administración dejó de supervigilar los procedimientos aplicados en la institución “Fundación mi Casa” del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar de Ibagué, que por falta al deber de cuidado, seguridad y protección de los jóvenes que se encuentran bajo su custodia y cuidado personal, tuvo como consecuencia la violación del joven Osvaldo Flórez.

Señala la parte demandante, que en el presente caso, se presentó lo que la doctrina ha llamado “falta de previsibilidad de lo previsible”, al permitir que este tipo de actos se presentaran dentro de la institución sin proceder con algún tipo de protocolo, donde los mismos instructores demostraron falta de humanismo debido al proceder a callar y aceptar lo que había sucedido dentro del instituto, y por ende como agente acaeció una falla del ente estatal, como está secuencialmente señalado en los supuestos fácticos de la demanda.

Agrega que es incuestionable, entonces que el daño sufrido por el menor Osvaldo Flórez, fue causado por una falla de la administración, ante la falta de cuidado en la custodia y manejo de los menores, factores estos que permiten afirmar que por la omisión se vulneraron los derechos del menor, al no protegerlo en su integridad personal, e incumpliendo de esta forma los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política. Estas faltas o fallas cometidas por la persona de derecho público son las que se deben corregir, porque los agentes de la administración no procedieron como era su deber haberlo hecho. (fl. 69 CdP/pal 1).

Obra en el expediente, el siguiente material probatorio:

- El 07 de diciembre de 2009, mediante formato único de noticia criminal de la Fiscalía General de la Nación, Osvaldo Flórez Betancourt interpuso denuncia en contra de Edison Enrique Martínez y Luis Felipe Martínez Viuche por el delito de acceso carnal violento, en hechos ocurridos el 27 de noviembre de 2009 en la Fundación “MI CASA”.

¹¹ Código de Procedimiento Civil, artículo 177; hoy en el Código General del Proceso artículo 167

(Copia de Formato Único de Noticia Criminal de la Fiscalía General de la Nación. Fls 8 - 11 del Cuaderno Principal Tomo I).

- Informe técnico médico legal sexológico del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses realizado al menor Osvaldo Flórez Betancourt, de fecha 09 de diciembre de 2009. (Folio 19 a 20 del Cuaderno Principal Tomo I).
- Copia auténtica del proceso No. 730016000000201000093 que cursó en el Juzgado Primero Penal del Circuito Para Adolescente con Función de Conocimiento de Ibagué en contra de Luís Felipe Martínez Viuche, por la conducta de Acceso Carnal Abusivo con memorial de 14 años. (Folios 3 a 200 Cuaderno Pruebas parte demandante I y folios 201 a 346 Cuaderno Pruebas parte demandante II).
- Copias de las actuaciones surtidas en la Unidad Infancia y Adolescencia Fiscalía 55 Seccional. Referencia 730016001356200900254 en contra de Edison Enrique Martínez. (Folios 347 a 400 Cuaderno Pruebas parte demandante II y folios 401 a 540 Cuaderno Pruebas parte demandante III).
- Testimonio de la señora Diana Patricia Cardoso Verástegui, defensora pública de los menor acusados y condenados por el delito de acceso carnal en contra del menor Osvaldo Flórez, testimonio recibido en audiencia el día 03 de septiembre de 2013, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Ibagué. (Fls 607 - 609 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo IV).
- Testimonio del señor Oscar Mauricio López Nieto, profesional del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien realizó el dictamen médico legal rendido el 09 de diciembre de 2009 efectuado al menor Osvaldo Flórez, testimonio recibido en audiencia el día 03 de septiembre de 2013, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Ibagué. (Fls 609 - 610 Cuaderno Pruebas Partes Demandante tomo IV).

El anterior material probatorio, da cuenta que el menor Osvaldo Flórez fue víctima de agresiones físicas y del delito de acceso carnal cuando se encontraba recluido en la Fundación Mi Casa que cumplía como Centro de Protección Internado con Consumo SPA, del ICBF, con medida de aseguramiento preventiva, por parte de unos compañeros de habitación.

En el informe pericial de Rad: DSTLM-DRSUR-00829-C-2017 del 20 de enero de 2017, suscrito por la profesional especializada forense Nancy Gordillo Ramirez. Informe pericial de Rad: DSTLM-DRSUR-00829-C-2017 del 20 de enero de 2017, suscrito por la profesional especializada forense Nancy Gordillo Ramirez. (Fls 22 - 25 Cuaderno Pericial), se concluyó:

“1) El examinado Osvaldo Flórez Betancourt presenta sintomatología de origen psicológica consistente en cambios en el estado de ánimo, temor, inseguridad, irritabilidad, que altera su funcionamiento global, dificulta la convivencia familiar.

2) Las posibles alteraciones a nivel de la sexualidad no son competencia de esta pericia.

3) La sintomatología de origen psicología altera el funcionamiento global del examinado y se constituye en daño psíquico de intensidad moderada.

4) Se sugiere remisión a tratamiento psicoterapéutico”

En el caso que nos ocupa se conjugan los títulos de imputación objetiva de responsabilidad, teniendo en cuenta las condiciones especiales de sujeción en las cuales se encontraba la víctima, respecto al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la configuración de una falla del servicio, toda vez que se evidencia el error de vigilancia respecto a los menores internos; toda vez que de haber obrado con el debido y cuidado de vigilancia respecto a los menores, no habría sido posible que otros menores sometieran a los vejámenes sufridos por la víctima.

De las pruebas allegadas al plenario se observa que las agresiones sufridas por el menor Osvaldo Flórez Betancourt, fueron perpetradas por otros menores internos en el centro de

reclusión para menores, la Fundación Mi Casa. El cuidado del menor estaba a cargo del Estado, representado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien tercerizó su función a través de la Fundación Mi Casa, a través del respectivo contrato de prestación de servicios.

9.3. NEXO DE CAUSALIDAD

De acuerdo a lo normado en la Ley 1098 de 2006, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es el ente rector, coordinador y articulador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar; para el caso de protección y restablecimiento de derechos del Osvaldo Flórez Betancourt, delegó a través de contrato su función de vigilancia, cuidado y restablecimiento del derecho en la Fundación “MI CASA”, por lo cual es claro que la sujeción institucional del menor objeto de medidas de protección era con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Son diáfanos la pruebas para concluir, que, estando el menor Osvaldo Flórez Betancourt, bajo el cuidado y situación de restablecimiento de sus derechos fue víctima de agresiones sexuales; que generan perjuicios a su integridad personal (moral y a la salud) así como a la integridad moral de sus familiares.

No es admisible las excepciones propuestas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de que el hecho dañoso proviene de un tercero, dado que tanto el menor víctima como sus agresores también menores de edad, estaban al cuidado y protección el mencionado instituto. Así las cosas, las acciones de los menores internos al cuidado del Instituto como los daños que estos padezcan son imputables a la entidad demandada pues frente a ella se encontraban en un claro estado de sujeción.

Por lo anterior se tiene que el daño directo que ocupa la atención en el presente proceso es atribuible al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en consecuencia, contra ella se impartirán las condenas pecuniarias de indemnización, que será plena respecto a la víctima directa.

Respecto a los padres de la víctima directa, se reducirá la condena de perjuicios morales por el incumplimiento de sus funciones de cuidado, dado que fue internado por la previa vulneración de sus derechos entre esos su adicción al consumo de estupefacientes especialmente marihuana, internación que lo expuso a los daños cuya reparación de perjuicios se pretende en el presente proceso, evidenciándose inicialmente el incumplimiento de la familia respecto a su deber de protección y cuidado del menor.

9.3 DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

9.3.1. La tasación pericial de los perjuicios - de los perjuicios morales.

En el dictamen pericial rendido el día 19 de mayo de 2016, (cuaderno de dictamen pericial folio 1 al 6) el perito doctor Jimmy Bulla Obando, señala: *“Con la información documental, me permito concluir que no existe, pérdida patrimonial pues no hubo por parte de la familia de OSVALDO FLORES BETANCOURTH y en ninguno de los demandantes, ningún tipo de desembolso monetario para solucionar el lamentable impase y atender los servicios médicos necesarios acarreados con la lamentable violencia sexual. De igual manera la historia procesal no señala ningún tipo de daño permanente en la personalidad del ofendido, así como en su núcleo familiar.*

(...)

Es preciso señalar que en el proceso no aflora por parte alguna una base para referir con acierto ingresos de las víctimas y por ende el valor que corresponda a la disminución en su capacidad productiva, además en el dónde ocurrieron los hechos el menor no desarrollaba ninguna actividad laboral, motivo por el cual no recibía ninguna remuneración haciéndose ilógico afirmar que OSVALDO FLOREZ, contribuía con el sostenimiento del hogar o de los demás demandantes. Por estos hechos el suscrito perito no establece ningún valor como reparación de perjuicios materiales a los demandantes.

En cuanto hace relación con la liquidación de perjuicios morales, debo señalar prima fase, lo manifestado por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SENTENCIA DE UNIFICACION- En materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales...

En caso de la violencia sexual de la que fue objeto el menor OSVALDO FLOREZ BETANCOURT, cuando se encontraba dentro de las instalaciones “Fundación Mi Casa” del bienestar familiar, en este caso se hará la valoración de indemnización teniendo en cuenta la relación afectiva entre la víctima directa y la demás demandante que concurren en su calidad de perjudicados o víctimas indirecta.

Para el señor OSVALDO FLOREZ BETANCOURT. Por concepto de perjuicios morales de la cantidad equivalente a 100 SALARIOS MINIMOS LEGALES VIGENTES. En su calidad de víctima directa, debido a el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc. Como consecuencia de los hechos, invaden e invadirán a la víctima por el resto de su vida, y lo afectarán de una manera insuperable e imborrable.

Para la señora BESAIDA BETANCOURT BERMUDEZ, por concepto de perjuicios morales víctima indirecta, una cantidad equivalente a los 70 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de madre lo que la instala en el primer nivel consagrado por la jurisprudencia, entendiéndose que el dolor, la aflicción, la desesperación y demás sentimientos propios ocasionados por los hechos serán para el resto de su vida sin embargo esa afectación, aunque imborrable, pero puede ser superada.

Para el señor CARLOS ALBERTO FLOREZ AMARIÑEZ, por concepto de perjuicios morales víctima indirecta, una cantidad equivalente a los 70 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de padre lo que lo insta en el primer nivel consagrado por la jurisprudencia, entendiéndose que el dolor, la aflicción, la desesperación y demás sentimientos propios ocasionados por los hechos serán para el resto de su vida, sin embargo, esa afectación, aunque imborrable, pero puede ser superada.

Para la señora DIANA MILENA FLOREZ BETANCOURT, por concepto de perjuicios morales víctima indirecta, una cantidad equivalente a los 35 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de hermana, lo que la instala en el segundo nivel consagrado por la jurisprudencia, atendiendo que el dolor, la aflicción, la desesperación y demás sentimientos propios ocasionados por los hechos serán para el resto de su vida sin embargo esa afectación, aunque imborrable puede ser superada.

Para el señor WILDER ALBERTO FLOREZ BETANCOURT, por concepto de perjuicios morales víctima indirecta, una cantidad equivalente a los 35 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de hermano, lo que lo insta en el segundo nivel consagrado por la jurisprudencia, entendiéndose que el dolor, la aflicción, la desesperación y demás sentimientos propios ocasionados por los hechos serán para el resto de su vida, sin embargo, esa afectación, aunque imborrable puede ser superada.”

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con memorial de fecha 13 de junio de 2016, presentó objeción al dictamen pericial rendido por el doctor Orlando Jimmy Bulla Obando, argumentando: “no se acredita dentro del dictamen pericial, la intervención a la víctima directa y en consecuencia no se diagnóstica la naturaleza del presunto daño moral que se pretende tasar, adicionalmente no se evidencia el ejercicio de adecuación para determinar el monto específico de salarios mínimos legales mensuales vigentes a pagar atendiendo los cinco niveles de relación de la víctimas indirecta, ni tampoco los seis (6) grados de gravedad de las posibles lesiones...” (folios 7 al 8 cuaderno de dictamen pericial).

La parte demandante con memorial de fecha 22 de junio de 2016, solicita complementación del dictamen pericial presentado por el doctor Orlando Jimmy Bulla Obando, argumentando: “Como se observa su señoría, en el acápite petitorio de la demanda que obra en su despacho, el suscrito solicitó el reconocimiento de varios perjuicios inmateriales, los cuales no fueron

tenidos en cuenta por parte del Dr. YIMMY BULLA al presentar y evaluar los daños y perjuicios sufridos por mis poderdantes.

Dentro de la demanda radicada ante este despacho judicial, el suscrito solicito dentro de sus pretensiones el reconocimiento no solo del daño material sino el daño moral subjetivo y objetivo el cual clasifique en perjuicios a la integridad física, Psicológica y sexual, estos perjuicios tal como se observa en el dictamen rendido por el perito no fueron discriminados cada uno y tenidos en cuenta...”

Con memorial de fecha 12 de julio de 2016, el perito doctor Orlando Jimmy Bulla Obando, allega complementación al dictamen rendido el día 19 de mayo de 2016 (folios 13 al 19 cuaderno de dictamen pericial). En síntesis, señala que en cuanto al daño moral confirma el dictamen presentado el 19 de mayo de 2016, por considerar que se ajusta a la gravedad de la conducta, la lesión sufrida y perjuicios causados a los demandantes, por ello no se modificara y se ratificara las cuantías fijadas para este perjuicio. Total, de perjuicios morales 310 S.M.M.L.V.

En cuando al perjuicio denominado DAÑO A LA SALUD o DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN, del cual no se pronunció en el dictamen rendido el 19 de mayo de 2016 y fue objeto de las pretensiones de la demanda y del escrito de complementación, en síntesis, señala teniendo en cuenta este concepto y ante la gravísima lesión psicológica y/o psiquiátrica, tenemos que estos perjuicios se liquidaran así:

1. Para el señor OSVALDO FLOREZ BETANCOURT, por concepto de perjuicios morales la cantidad equivalente a 300 SALARIOS MINIMOS LEGALES VIGENTES, esto en su calidad de víctima directa, ya que estos hechos afectarán e invalidarán a la víctima por el resto de su vida.

TOTAL, PERJUICIO – DAÑO A LA SALUD.....	300 S.M.M.L.V
TOTAL, PERJUICIOS MORALES.....	310 S.M.M.L.V
TOTAL, PERJUICIOS INMATERIALES.....	610 S.M.M.L.V

El perito doctor Orlando Jimmy Bulla Obando , en la complementación al dictamen rendido el día 19 de mayo de 2016, allegado el 12 de julio de 2016, señala que el material probatorio que utilizó como base para el dictamen pericial fue el dictamen médico legal del 09 de diciembre de 2009 (Instituto de Medicina Legal), valoración psiquiátrica, Informe de policía judicial del investigador Álvaro Maldonado Sarmiento, y demás piezas probatorias obrantes en el expediente y se fundamentó en los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Con lo anterior se tiene que se da respuesta a las inquietudes de la parte demandante.

Respecto a la objeción presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se tiene que esta no está llamada a prosperar, en cuanto indicó el perito que para su experticia tuvo el dictamen médico legal del 09 de diciembre de 2009 (Instituto Nacional de Medicina Legal), valoración psiquiátrica, Informe de policía judicial del investigador Álvaro Maldonado Sarmiento, por lo cual la no intervención directa del perito respecto a la víctima no es razón suficiente para objetar el dictamen y frente a la determinación de los montos, este partió de su concepción de gravedad del daño; dado que el dictamen es una de las tantas pruebas recaudadas en el proceso, ya corresponde al fallador establecer si se encuentran dadas las condiciones procesales en asocio con el resto del material probatorio para acoger parcialmente o en su integridad lo consignado en un dictamen pericial.

Si bien el dictamen pericial ratifica que efectivamente menor Osvaldo Flórez Betancourt, estando bajo el cuidado y situación de restablecimiento de sus derechos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de la Fundación Mi Casa, sufrió un daño, cuyos perjuicios son indemnizables, no se tendrán en cuenta los montos de indemnización sugeridos por el dictamen, ya que estos son tasados bajo el supuesto de que el daño padecido por el menor fue grave; pero en el informe pericial de Rad: DSTLM-DRSUR-00829-C-2017 del 20 de enero de 2017, suscrito por la profesional especializada forense Nancy Gordillo Ramirez. Informe pericial de Rad: DSTLM-DRSUR-00829-C-2017 del 20 de enero de 2017, suscrito por la profesional especializada forense Nancy Gordillo Ramirez. (FIs 22 - 25 Cuaderno Pericial), se concluyó que: *“La sintomatología de origen psicología altera el funcionamiento global del examinado y se constituye en daño psíquico de intensidad moderada”*.

9.3.2. De los perjuicios morales.

Al respecto es preciso señalar que este concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

En cuanto a la reparación del daño moral causado por lesiones personales, estableció a manera indicativa el Consejo de Estado¹², en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, que se debe tener en cuenta la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. En la mencionada providencia estableció los montos indemnizatorios en los siguientes rangos:

GRAFICO NO. 2 REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima Directa y relaciones afectiva conyugales y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de Consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Para el caso en estudio es relevante resaltar que el menor Osvaldo Flórez Betancourt, se encontraba internado en la Fundación Mi casa, tal como lo señala la parte demandante en la demanda.

Como ya se indicó el menor Osvaldo Flórez Betancourt, fue la víctima directa del hecho o conducta dañosa. La sugerencia dada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, respecto a la tasación del monto de la indemnización del perjuicio moral, en el caso de lesiones personales, la hace depender de la gravedad

¹² Sentencia de 28 de agosto de 2014. Sección Tercera. M.P. Olga Mélida Valle de La Hoz. Expediente No. 31172.

de la lesión. La forma objetiva de establecer la gravedad de la lesión, está determinada por el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, que debe dictaminar un perito.

En el caso que nos ocupa, se tiene que la demanda fue presentada el 01 de febrero 2012; es decir, antes de haberse proferido la sentencia de unificación aludida; amen de ello se observa que en el expediente obra dictamen pericial rendido por el doctor Jimmy Bulla Obando el 19 de mayo de 2016 y complementado el 12 de julio de 2016 (cuaderno de dictamen pericial folio 1 al 6); cuya tasación de los perjuicios parte de que para el perito el daño padecido por la víctima es de suma gravedad, sin una claridad para el Despacho de los índices de gravedad tenidos en cuenta por el perito para tasar los perjuicios.

Contrario a lo manifestado por el perito, del Informe Pericial Psiquiátrico No. DSTLM-DRSUR-00822-C-2017, practicado a Osvaldo Flórez por la doctora Nancy Gordillo Ramirez, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Tolima, allegado el 23 de enero de 2017 (folio 20 a 25 cuaderno de prueba pericial), se puede inferir el índice de gravedad cuando, en este se concluye:

“1. El examinado OSWALDO FLORES BETANCOURT presenta sintomatología de origen psicológica consistente en cambios en el estado de ánimo, temor, inseguridad, irritabilidad, que altera su funcionamiento global, dificulta la convivencia familiar.

1. Las posibles alteraciones a nivel de la sexualidad no son competencia de esta pericia.

2. la sintomatología de origen psicológica altera el funcionamiento global del examinado y se concluye en daño psíquico de intensidad moderada¹³.

Se sugiere remisión a tratamiento psicoterapéutico al examinado.” (subrayado fuera de texto)

Del dictamen pericial y las demás pruebas obrantes en el proceso, se puede evidenciar a que la gravedad de las lesiones padecidas por el adolescente Osvaldo Flórez Betancourt es moderada, por lo cual, para efectos de establecer la estimación de los perjuicios morales, se tomará el monto establecido para el índice de gravedad por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación ya referida, en un equivalente al igual o superior al 30% e inferior al 40%.

Para el Despacho es claro que en el caso que nos ocupa, el daño infringido al entonces adolescente Osvaldo Flórez Betancourt, es de gravedad moderada, con la agresión sexual de que fue víctima; por ello el Despacho fijará el monto indemnizatorio a favor del menor Osvaldo Flórez Betancourt, en sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio moral.

Son igualmente demandantes en el presente proceso los señores: Carlos Alberto Flórez Amariles y Besaida Betancourt Bermudez padres de la víctima directa, Diana Milena Flórez Betancourt y Wilder Alberto Flórez Betancourt hermanos de la víctima. Es decir, el núcleo familiar la víctima directa.

Como ya se indicó, de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado Colombiano, la familia es corresponsable en la obligación de asistir y proteger al niño, niña y

¹³ Guía para la Realización de Pericias Psiquiátricas o Psicológicas Forenses sobre Daño Psíquico, con fines de Indemnización, Conciliación o Reparación del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses “En el análisis debe explicarse si el diagnóstico clínico antes mencionado configura o no un daño psíquico, enfatizando en su intensidad (**leve** si compromete el área psicológica o una de las áreas de relación, **moderada** si compromete el área psicológica y por lo menos un área de relación, **grave** si se encuentran afectadas varias áreas de relación, o **profunda** si se afectó de manera significativa todo el funcionamiento); la duración de los síntomas (tiempo de evolución en días, meses o años) y, el tipo de tratamiento recomendable para el restablecimiento de la salud mental de la persona evaluada (según el pronóstico, bajo condiciones ideales), especificando modalidad, frecuencia y duración necesarias.

adolescente para garantizar su desarrollo armónico e integral y formarlos para el ejercicio pleno y responsable de sus derechos.

De las pruebas obrantes en el proceso, es dable destacar el Informe Pericial Psiquiátrico No. DSTLM-DRSUR-00822-C-2017, practicado a Osvaldo Flórez por la doctora Nancy Gordillo Ramirez, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Tolima, allegado el 23 de enero de 2017 (folio 20 a 25 cuaderno de prueba pericial); se puede evidenciar que, el adolescente Osvaldo Flórez Betancourt, siendo menor de edad para la fecha de los hechos debatidos en el presente caso, se le habían vulnerado por parte de su familia sus derechos de protección contra: (i) el consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización; por cuanto a los 13 años de edad ya consumía marihuana.

Es decir, la familia del adolescente Osvaldo Flórez Betancourt, específicamente sus padres, Carlos Alberto Flórez Amariles y Besaida Betancourt Bermudez; incumplieron con sus obligaciones de: (i) de protegerlo contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal; (ii) formarle, orientarle y estimularle en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía; (iii) prevenirle y mantenerle informado sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales.

Precisamente su adicción al consumo de estupefacientes especialmente marihuana, fue lo que llevó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a disponer el ingreso al centro de Protección Internado de la Fundación “Mi Casa”, lo que lo expuso a los daños cuya reparación de perjuicios se pretende en el presente proceso.

Por lo anterior se reducirá el monto de la condena por perjuicio moral a favor de los familiares (padres) de la víctima directa, en un 50% respecto al monto que correspondería de acuerdo a lo establecido por el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014¹⁴, respecto de los hermanos, no habrá lugar a la reducción aquí referida, dada su también condición de menores de edad para la época de los hechos, con lo cual no le era exigible deber de cuidado respecto de su hermano Osvaldo.

Así las cosas, se condenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de los familiares de la víctima directa así: Para los señores: Carlos Alberto Flórez Amariles y Besaida Betancourt Bermudez en calidad de progenitores el monto de treinta (30) smlmv para cada uno de ellos; y respecto a los señores Diana Milena Flórez Betancourt y Wilder Alberto Flórez Betancourt en calidad de hermanos el monto de treinta (30) smlmv para cada uno de ellos.

9.3.3. Daño a la salud.

Se solicita con la demanda el pago de los perjuicios denominados daño a la vida de relación y/o fisiológicos, para todos los demandantes. El Consejo de Estado, para evitar la dispersión de categorías o tipologías abiertas de perjuicios que pueden llegar a trocarse o sobreponerse y, por lo tanto, se atente contra los principios de reparación integral y la

¹⁴ Sentencia de 28 de agosto de 2014. Sección Tercera. M.P. Olga Melida Valle de La Hoz. Expediente No. 31172.

prohibición de enriquecimiento sin causa, unificó las distintas tipologías en la tipología de daño a la salud, en sentencia del 28 de marzo de 2012¹⁵. Con relación a los elementos dicho daño, se indicó:

“Una tipología del perjuicio que se estructure a partir de los principales bienes jurídicos, constitucionalmente protegidos, garantiza varios aspectos teóricos y prácticos, a saber: i) se repara o compensa no el daño en sí mismo sino las consecuencias que de él se desprenden, para lo cual es preciso verificar la gravedad de la afectación al respectivo interés legítimo (v.gr. la salud, la honra, la libertad, etc.), ii) se produce una constitucionalización del derecho de la responsabilidad, en donde no se indemnizan perjuicios existenciales o derivados de la vida social o relacional del sujeto, sino vinculados a derechos constitucionales, iii) dado que la tipología del perjuicio inmaterial se concentra en algunos de los derechos reconocidos a nivel constitucional, la labor de establecer una cuantificación del daño se puede trazar a través de criterios más objetivos - no objetivables - con apoyo en el criterio del arbitrio iuris y los criterios fijados en la jurisprudencia”.

El derecho a la reparación de perjuicios derivados del daño a la salud, es para la víctima directa y no para los familiares y amigos, tal como se desprende de la Sentencia del Consejo de Estado, antes referida. Así mismo, esta tipología de daño, se indemniza los efectos **sobre la salud de la víctima directa del daño**. En el caso que nos ocupa, es claro que las lesiones padecidas por el demandante afectan su salud, en consecuencia, es dable la indemnización por este concepto.

Respecto a la tasación del perjuicio de daño a la salud, en el caso de lesiones personales, el Consejo de Estado, en la citada providencia calendada el 28 de agosto 2014¹⁶, indicó lo siguiente:

“Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo, en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
<i>Igual o superior al 50%</i>	<i>100 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	<i>80 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	<i>60 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	<i>40 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	<i>20 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	<i>10 SMMLV</i>

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- *La pérdida o anomalía de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- *La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- *La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- *La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- *La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*
- *Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.*
- *Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.*

¹⁵ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C; Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO; Bogotá D.C., 28 de marzo de dos mil doce (2012); Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163)

¹⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 50001231500019990032601 (31172), M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

- *Los factores sociales, culturales u ocupacionales.*
- *La edad.*
- *El sexo.*
- *Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.*
- *Las demás que se acrediten dentro del proceso.”*

Como ya se indicó en el Informe Pericial Psiquiátrico No. DSTLM-DRSUR-00822-C-2017, practicado a Osvaldo Flórez por la doctora Nancy Gordillo Ramirez, Profesional Especializado Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Tolima, allegado el 23 de enero de 2017 (folio 20 a 25 cuaderno de prueba pericial), es claro, que el hecho dañoso produjo daño a la salud psíquica de intensidad moderada del entonces menor, por lo cual se condenará a la entidad demandada a pagar a favor del entonces adolescente Osvaldo Flórez Betancourt, en sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

10. RECAPITULACIÓN.

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando administrativa y patrimonialmente responsables a la demandada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, condenándola al pago de los perjuicios morales a favor de los demandante, causados al menor Osvaldo Flórez Betancourt, por los hechos ocurridos en el CENTRO DE PROTECCIÓN INTERNADO CON CONSUMO SPA - Fundación “MI CASA”, cuando se encontraba interno con medida preventiva y teniendo en cuenta las condiciones especiales de sujeción en las cuales se encuentra. Igualmente se condenará a la demandada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, al pago del daño a la salud a Osvaldo Flórez Betancourt, en calidad de la víctima directa de los hechos.

11. COSTAS.

El artículo 171 del C.C.A. señala, que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil; pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas favorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte demandada en el equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto del MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa, patrimonialmente responsable al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, por los perjuicios causados a los demandantes OSVALDO FLÓREZ BETANCOURT, CARLOS ALBERTO FLÓREZ AMARILES, BESAIDA BETANCOURT BERMUDEZ, DIANA MILENA FLÓREZ BETANCOURT y WILDER ALBERTO FLÓREZ BETANCOURT, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDÉNESE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a pagar perjuicios morales a favor de los demandantes así:

- a) A favor del joven OSVALDO FLÓREZ BETANCOURT, identificado con c.c. 1.110.531.655 en calidad de víctima directa, la suma equivalente a **sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la ejecutoria de esta providencia.
- b) A favor del señor CARLOS ALBERTO FLÓREZ AMARILES identificado con c.c. 70.782.713 y la señora BESAIDA BETANCOURT BERMUDEZ identificada con c.c. 43.765.357 en calidad de progenitores de la víctima directa, la suma equivalente a **treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.
- c) A favor de: DIANA MILENA FLÓREZ BETANCOURT identificada con c.c. 1.097.392.692 y WILDER ALBERTO FLÓREZ BETANCOURT identificado con c.c. 1.097.393.627, en calidad de hermanos de la víctima directa, la suma equivalente a **treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la ejecutoria de esta providencia, para cada uno de ellos.

CUARTO: CONDÉNESE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a pagar por daño a la salud favor del joven OSVALDO FLÓREZ BETANCOURT, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a **sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: NIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, y como agencias en derecho el equivalente al cuatro por ciento (4%) de las condenas impuestas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEPTIMO: Las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 Y 177 del C.C.A.

OCTAVO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo dispone el artículo 173 del C.C.A.

NOVENO: En firme este fallo, expídanse las copias y archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUÍS MANUEL GUZMÁN

JUEZ

Firmado Por:

Luis Manuel Guzman

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

10

Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8a47b72fcb1b55d5ab25fa3b00278cbb2a05ccb4b174093ddb01e3fa4f6c0663**

Documento generado en 28/11/2022 02:00:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>