SENTENCIA DE UNIFICACION - En materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte

Procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio. (..) Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral 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 consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así: Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV. Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio. (…) Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva. (…) En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

SENTENCIA DE UNIFICACION - En materia de daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados (medidas de satisfacción no pecuniarias) / PERJUICIOS POR VIOLACION A LA PROTECCION DE BIENES CONSTITUCIONALES O CONVENCIONALES - Perjuicio de carácter extrapatrimonial. Reconocimiento / PERJUICIOS POR VIOLACION A LA PROTECCION DE BIENES CONSTITUCIONALES O CONVENCIONALES - Reconocimiento. Caso de menor que muere ahogado en rio Otún, tras haberse escapado del centro de reeducación y resocialización para menores

De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la victima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de

crianza". (…) En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la victima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

SENTENCIA DE UNIFICACION - Medidas de reparación no pecuniarias. Por violacion a la proteccion de bienes constitucionales o convencionales / MEDIDAS DE REPARACION NO PECUNIARIA - Sentencia de unificación. Por violacion a la proteccion de bienes constitucionales o convencionales a un menor de edad

Al respecto, la Sala considera que en el sub examine se precisa la reparación integral mediante medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta la relevancia del caso, por cuanto se trata de afectación al interés superior del menor, y ante la gravedad de los hechos debatidos, consistentes en la inobservancia de los deberes de custodia, vigilancia y cuidado por parte del municipio de Pereira a través del Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", que trajo como consecuencia la muerte del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, desconociendo estándares convencionales, constitucionales, especialmente en lo que corresponde a la población menor de edad, al incurrir en inobservancia de los artículos 44 y 45 constitucionales y convencionales sobre protección de los derechos humanos especialmente la Convención sobre los Derechos de los Niños en sus artículos 3.3 y 25. La Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fue sometida la víctima Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, que generaron la violación de los artículos 1, 2, 8.1, 11, 16 y 42 de la Carta Política, 1.1, 2, 3, 4, 5, 19, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la "restitutio in integrum", máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico de un menor de edad.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

PRUEBAS - Copias simples. Valor probatorio / COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Serán tenidas encuentga pues no fueron objeto de tacha por parte de la entidad demandada / COPIAS SIMPLES - Principio de lealtad procesal

En el caso de autos, (…) en concordancia con lo expuesto párrafos atrás, la Sala observa que los medios probatorios así presentados han obrado a lo largo del proceso, sin que haya sido objeto de tacha por parte de la entidad demandada, para quien es claro su conocimiento pleno de la prueba, por cuanto en todos sus escritos de defensa hizo alusión a la misma y tuvo oportunidad de contradecirla o usarla en su defensa. Fundamentada la Sala en los argumentos citados, se valorarán los mencionados documentos conforme a los rigores legales vigentes en la materia.

PRUEBAS - Prueba trasladada. Valor probatorio

Teniendo en cuenta esto, la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en el argumento jurisprudencial continuado según el cual cabe valorarla a instancias del

proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, requisitos que se cumplen en el presente, por lo cual se considera que la prueba fue plenamente conocida y aceptada por la parte demandante. En este sentido, la Sala sostiene que cuando el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiesen sido solicitadas por las partes, en este caso por la demandada, las mismas podrán ser valoradas y apreciadas, pese a que su práctica se hubiera producido sin citarse o intervenir alguna de aquellas en el proceso de origen y, no hayan sido ratificadas en el proceso al que se trasladan, ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal "que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión".(…) De esta manera, la Sala valorará las pruebas practicadas dentro del proceso contencioso administrativo y aquellas trasladadas del Juzgado Promiscuo de Familia, conforme a los fundamentos señalados.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver las decisiones de 21 de febrero de 2002, exp.12789 y 9 de junio de 2010, exp.18078

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Responsabilidad de centros de reeducación y resocialización de menores por incumplimiento de los deberes de custodia, seguridad y vigilancia / POSICION DE GARANTE - Centros de reeducación y resocialización de menores. Deber de custodia, seguridad y vigilancia / POSICION DE GARANTE - Caso de menor que muere ahogado en rio Otún, tras haberse escapado del centro de reeducación y resocialización para menores

Las instituciones que tienen a su cargo menores infractores de la ley, tienen el deber de cumplir con las obligaciones de custodia, seguridad y vigilancia, garantizando de esta manera que el niño (a) o adolescente, logre reeducarse y resocializarse para así reintegrarse a la sociedad y cumpla a cabalidad los deberes que se le imponen en los diferentes ámbitos de la vida social, infringir esto significa contrariar el ordenamiento jurídico colombiano y habrá lugar a reparar los daños que se causen a los ciudadanos con dicho comportamiento. En este orden de ideas, es precisamente dentro del marco constitucional y legal que se encaja el deber de vigilancia y custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan estos respecto de los alumnos a su cargo. (…) las obligaciones del centro de reeducación inician desde el momento en que el menor ingresa a las instalaciones del mismo por orden de autoridad competente y finalizan en el momento en que egresa de la institución previa decisión judicial, teniendo en cuenta que los deberes no sólo se circunscriben a garantizar la seguridad del joven dentro de la institución, sino también a vigilar el proceso de reeducación y resocialización, lo cual permite afirmar que se cumplió íntegramente con los compromisos adquiridos por parte del Estado con la sociedad y los familiares del joven infractor a través de este tipo de instituciones.

NOTA DE RELATORIA: Al respecto ver ssentencia de 23 de junio de 2010, exp. 18468

PERSONA PROTEGIDA O SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION - Niños, niñas y adolescentes. Protección constitucional

La especial protección de que son sujeto los niños, las niñas y los adolescentes tiene rango constitución por cuanto la carta magna de Colombia señala que deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Igualmente establece que los adolescentes tienen derecho a una protección y formación integral, estableciendo como deber del Estado y la sociedad garantizar la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo su protección, educación y progreso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / LEY 375 DE 1997

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - El juez tiene el deber de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. (…) Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado (…) Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario. (…) Entonces, el control de convencionalidad conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos, que como se ha dicho, en tratándose de menores de edad obtienen una especial y prevalente protección, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, lo que a su vez conlleva la materialización de la máxima según la cual “lo relevante es el administrado y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencionalmente reconocidos, y de los derechos humanos”.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANAS / PACTO INTERNACIONAL DE DERCHOS CIVILES Y POLITICOS / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - Control de convencionalidad. Protección especial a niños, niñas y adolescentes / CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - Principio de supremacía del interés del menor

La CIDH considera que no es suficiente afirmar que se tuvo en cuenta el interés superior del menor al momento de afectar sus derechos, es necesario justificar objetivamente los motivos que llevaron a tomar tal decisión de acuerdo con las circunstancias especiales que cada niño o niña presenta, es decir, está proscrita toda determinación que sea tomada en abstracto. En conclusión, se está protegiendo efectiva y eficazmente el interés superior del menor cuando el examen efectuado por quienes imponen una restricción, por ejemplo, a la libertad del menor, se realiza de modo razonado y está justificado en la protección de los derechos del menor, todo lo cual debe estar correctamente sustentado durante el proceso adelantado.

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de noviembre de 1999, caso de los niños de la Calles; sentencia de 2 de septiembre de 2004, caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, entre otras.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Caso de menor que muere ahogado en rio Otún, tras haberse escapado del centro de reeducación y resocialización para menores / FALLA DEL SERVICIO - Menor infractor de la ley / FALLA DEL SERVICIO - Responsabilidad de centros de reeducación y resocialización de menores por incumplimiento de los deberes de custodia, seguridad y vigilancia / MENOR INFRACTOR DE LA LEY - Responsabilidad de centros de reeducación y resocialización por incumplimiento de los deberes de custodia, seguridad y vigilancia / FALLA DEL SERVICIO - Se vulneraron derechos de los familiares al mantenerlos en incertidumbre acerca de los hechos

En el sub judice, la Sala revisó la actuación de la entidad pública demandada, municipio de Pereira, frente a los hechos ocurridos en el "Centro de Reeducación de Menores Marceliano Ossa" el día 23 de abril de 2000, cuando un grupo de jóvenes que se encontraban allí recluidos se amotinaron y evadieron de la institución, entre ellos el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, quien estaba internado por mandato del Juez Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas Risaralda y quien posteriormente resultaría muerto. En consecuencia, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente se determinó que la entidad demandada no actuó en cumplimiento de las normas antes señaladas por el contrario lo hizo de manera negligente y por esta razón le es imputable el daño antijurídico causado a los demandantes. (…) queda claro que la parte demandada tenía que cumplir con el deber de vigilancia (…) ya que su objeto era lograr que los jóvenes se eduquen y encuentren un proyecto de vida acorde con sus aptitudes y gustos, evitando que los menores vean la delincuencia como una opción de vida; pero para lograr tal finalidad se deben tomar las medidas de seguridad adecuadas, las cuales deben impedir que hayan fugas o se realicen amotinamientos, que perturben el normal y buen funcionamiento de la institución. Es por esto, que la ocurrencia de uno de estos supuestos constituye un indicio grave en cuanto a que se incumplió con dicha obligación, ya que sí se hubiesen tomado todas las medidas de prevención necesarias por parte de los directivos, educadores y personal de seguridad, los menores no tendrían oportunidad de preparar una fuga. (…) se encuentra demostrado que Iván Ramiro Londoño era un menor adicto (…) circunstancia que evidencia que requería de un especial tratamiento, (…) Teniendo en cuenta lo anterior, y por tratarse de un menor adicto a sustancias alucinógenas, el Centro de Reeducación debió tomar específicas y especiales medidas de protección sobre el joven en desarrollo del principio del interés superior del menor, teniendo en cuenta todas las variantes señaladas, deber que no fue cumplido por parte de la institución. (…) Así las cosas, tenemos que la Alcaldía del Municipio de Pereira reconoce que no contaba con los agentes de policía necesarios para atender las necesidades del Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", ya que de acuerdo con lo establecido en el Código del Menor se requería de 11 unidades policiales en este tipo de instituciones y para la fecha de los hechos, el "Marceliano Ossa" solamente contaba con 8 policías, situación esta que también comprueba un descuido por parte de las directivas del Centro de Reeducación en tanto era su obligación velar porque el servicio policial fuera completo y eficaz, lo cual no ocurrió. (…) Así pues, sea del caso reiterar que le correspondía a la dirección del centro de reeducación verificar y coordinar el cumplimiento de la legislación del menor (…), la cual establecía que los objetivos de la Policía de Menores estaban orientados prioritariamente a defender, educar y proteger al menor y a brindar el apoyo a los organismos destinados o autorizados por el Estado para el cumplimiento de las medidas adoptadas para el tratamiento de los menores, (…) Lo dicho no obsta, para

que en caso de presentarse hechos que pongan en riesgo la vida de los jóvenes o de terceras personas, pueda recurrirse a medidas persuasivas que permitan la neutralización de menores que busquen atentar contra el orden público, (…) Adicionalmente, el municipio de Pereira tenía el deber de verificar y coordinar el cumplimiento de estas obligaciones al interior del centro de reeducación, ya que su inacción o el uso excesivo de la fuerza puede causar perjuicios a los jóvenes los cuales deben ser reparados por el Estado al tener este el deber de custodia, vigilancia y seguridad. (…) Así pues, se encuentra demostrado que existió deficiencia en la prestación del servicio de custodia y vigilancia que brindaba la Policía Nacional en el "Marceliano Ossa" para el mes de abril de 2000, el cual le correspondía verificar a la entidad demandada que se prestara en debida forma, ya que la institución en la cual se encontraba recluido Iván Ramiro es una dependencia del municipio. (…) Por otro lado, encuentra la Sala que aunado a la falla en la prestación del servicio derivada de la inobservancia de los deberes de vigilancia, custodia y seguridad que tenía el Centro de Reeducación de Menores Marceliano Ossa sobre el menor Iván Ramiro Londoño, también se vulneraron los derechos de los familiares del joven a conocer los hechos en que el menor se había fugado de la institución y, asimismo, que éste había fallecido, por lo que se vieron sometidos a una situación de incertidumbre y se vieron privados de la posibilidad de sepultarlo de acuerdo con sus creencias. Lo anterior quedó evidenciado con los testimonios de los señores Jhon Emerson Sánchez Gutiérrez y María Rosmira Sánchez Valencia, no se les informó oportunamente de lo acontecido en las instalaciones de la institución el 23 de abril de 2000, debiendo ellos mismos buscar al menor para poder saber si se encontraba vivo o muerto, encontrándolo en Marsella más o menos 20 días después de su deceso según el dicho de los declarantes. Lo anterior, constituye una gravísima vulneración de los derechos de los familiares y del *de cujus*, ya que de acuerdo con la Constitución y la Ley todos los ciudadanos tienen derecho a ser sepultados oportuna y dignamente y en el caso de Iván Ramiro ese derecho se vio vulnerado. Así las cosas, se evidencia un incumplimiento de las normas constitucionales y legales en materia de protección los menores ya que desde el año 1998, es decir, dos años antes de la muerte de Iván Ramiro, las autoridades judiciales tenían conocimiento de la problemática que venía presentando el menor, suceso que exigía un especial seguimiento a su caso atendiendo en todo momento su interés superior, tal y como lo ordenan las normas nacionales e internaciones, obligación que no fue cumplida por parte de la entidad a cargo del menor.

HECHO DE LA VICTIMA - Eximente de responsabilidad. No procede por cuanto la actuación del menor psicodependiente era previsible por el centro de reeducación / PERSONA PROTEGIDA O SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION - Menor infractor de la ley y adicto a sustancias psicoactivas

En atención a la situación personal del menor era previsible, y además estaba anunciado, el comportamiento desplegado por Iván Ramiro frente a lo cual la entidad demandada omitió su deber de poner en funcionamiento las medidas necesarias para brindar seguridad y vigilancia en las instalaciones de la institución que impidieran el amotinamiento y posterior evasión de los menores del centro de reeducación. Con relación a lo anterior, debe observarse que el Centro de Reeducación estaba instituido para atender y tratar situaciones como la reportada por Iván Ramiro por lo cual es esperable que esté preparado para atender los comportamientos que dieron lugar a la fuga y posterior fallecimiento del menor, de manera que en quien se exigía el cumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad era en el municipio de Pereira que, se itera, omitió dar cumplimiento a sus obligaciones y, por el contrario, quebrantó los deberes constitucional y legalmente impuestos a las entidades estatales que prestan el servicio de resocialización y reeducación de menores infractores de la ley, configurándose de esta manera una falla en la prestación del servicio por parte de la entidad demandada. Con fundamento en lo anterior, la Sala reitera que se evidencia

una falla en el servicio por incumplimiento de obligaciones preestablecidas en el ordenamiento jurídico por parte del Municipio de Pereira, el cual faltó a sus deberes e incumplió la obligación de seguridad a su cargo, deberes normativos objetivos impuestos por la Carta Política (Artículo 2), las normas consagradas en el Decreto 2737 de 1989 y los convenios internaciones, especialmente se vulneró la Convención sobre los Derechos de los Niños en sus artículos 3.3 y 25.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANAS / PACTO INTERNACIONAL DE DERCHOS CIVILES Y POLITICOS / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS / DECRETO 2737 DE 1989 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2

LLAMAMIENTO DE ATENCION - Al Instituto de Bienestar Familiar. Funciones de prevención y protección en favor de niños, niñas y adolescentes

Es necesario hacer un llamado de atención, a las entidades del Estado como el Instituto de Bienestar Familiar, cuyas funciones entre otras, son las de prevenir vulnerabilidades o amenazas y proteger a los niños, niñas y adolescentes para lograr el bienestar de las familias colombianas, para lo cual deben realizar de la manera más eficiente posible sus funciones y así lograr que se minimice la ocurrencia de situaciones como la presentada en este caso.

LLAMAMIENTO DE ATENCION - Defensoría del Pueblo. Impulsar efectividad de los derechos

Se hace un llamado a la Defensoría del Pueblo, como institución del Estado colombiano responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos en el marco del Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, mediante las siguientes acciones integradas: Promoción y divulgación de los derechos humanos. Prevención, protección y defensa de los derechos humanos. Fomento del respeto al derecho internacional humanitario.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - No procede porque se tiene por acreditado que el menor no se dedicaba a actividades laborales / LUCRO CESANTE - Caso de menor que muere ahogado en rio Otún, tras haberse escapado del centro de reeducación y resocialización para menores

La Sala tiene por probado que el menor contrario a desempeñar actividades laborales o académicas, se dedicaba a la vagancia y al consumo de sustancias psicoactivas. Adicionalmente, dentro del Centro de Reeducación el menor no desarrollaba ninguna actividad laboral, por lo tanto, no recibía remuneración alguna, motivo por el cual sería ilógico afirmar que Iván Ramiro Londoño contribuía con el sostenimiento del hogar o de su mamá. Ahora bien, aun en el hipotético evento en que la Sala encontrará probado, por ejemplo, con el testimonio del señor Emerson Sánchez Gutiérrez, que el joven Londoño Gutiérrez estuvo laborando con él en una panadería, no reposa en el expediente medio probatorio que acredite que tal labor se estaba desempeñando con el lleno de los requisitos legales, por lo tanto, mal haría esta Corporación en reconocer a la señora Gutiérrez Alarcón rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, debido a que se estaría amparando el trabajo infantil. (…) En conclusión, no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios materiales a la madre del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, por las razones antes expuestas.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento. / PERJUICOS MORALES - Presunción de aflicción / PERJUICIOS MORALES - Caso de menor que muere ahogado en rio

Otún, tras haberse escapado del centro de reeducación y resocialización para menores

En el sub judice el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria. Acto público de reconocimiento de responsabilidad / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Garantía de no repetición. Acto público de reconocimiento de responsabilidad / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medida de reparación no pecuniaria. Colocación de Placa en lugar visible en la institución de reeducación / MEDIDA DE REPARACION NO PECUNIARIA - Garantía de no repetición. Colocación de Placa en lugar visible en la institución de reeducación

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: (1) la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira - Centro de Reeducación Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos”.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Aseguradora. Ordena reembolsar a la entidad demandada las sumas por la condena pagadas

La entidad demandada en la contestación de la demanda solicitó llamar en garantía a la compañía de seguros “La Previsora S.A.”, en el evento que sea declarada responsable y se condene al pago de alguna suma de dinero, en atención a la póliza “Multi riesgo Previ - Alcaldías” No. 522781 (Fl.58 C.1); observa la Sala que la vigencia de está póliza inició el 1 de mayo de 1999 y culminó el 30 de abril de 2000. Ahora bien, de acuerdo con lo antes dicho se encuentra acreditado que el fallecimiento (siniestro) ocurrió en vigencia de la póliza antes descrita, es decir, el 25 de abril de 2000. Así las cosas, es evidente para la Sala que para la época de los hechos, esto es, para el 25 de abril de 2000 la entidad demandada tenía suscritas con la llamada en garantía la póliza de seguro por la que fue vinculada al plenario. Por lo tanto, la Sala condenará a la llamada en garantía a reembolsar a la entidad demandada las sumas a las que será condenada en esta sentencia, por supuesto, en los términos de las pólizas que se encontraban vigentes para la época de los hechos.

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero. A la fecha no se cuenta con el medio físico ni con el magnético de la citada aclaración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)

Actor: ANA RITA ALARCON VDA. DE GUTIERREZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA - SENTENCIA DE UNIFICACION)

Procede la Sala previa unificación jurisprudencial en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de muerte y de daño inmaterial por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados (medidas de satisfacción no pecuniarias), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda el 15 de octubre de 2003, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y pretensiones

El día 3 de agosto de 2001 presentaron demanda de reparación directa los señores JOSÉ FERNEY LONDOÑO GUTIERREZ (hermano), MARIA DEL CARMEN GUTIERREZ ALARCÓN (mamá), mayor de edad, actuando en nombre propio y en representación de sus hijas menores de edad ERIKA YESSENIA y NORMA LILIANA ACEVEDO GUTIERREZ (hermanas), JESÚS ANTONIO ACEVEDO (padrastro), ANA RITA ALARCÓN VDA. DE GUTIERREZ (abuela), JOSÉ JESÚS, BLANCA, DORALBA Y MARIA CENETH GUTIERREZ ALARCÓN (tíos), mayores de edad, obrando por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., para que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas: (Fls.18 a 32 C.1)

> *"Declárese al Municipio de Pereira, representado por su alcalde municipal MARTHA HELENA BEDOYA y/o quien haga sus veces, administrativamente responsable de la muerte del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y por consiguiente responda de la totalidad de daños y perjuicios (materiales y morales) ocasionados a José Ferney Londoño Gutiérrez, María Del Carmen*

Gutiérrez Alarcón, Erika Yessenia y Norma Liliana Acevedo Gutiérrez, Jesús Antonio Acevedo, Ana Rita Alarcón Vda. De Gutiérrez, José Jesús, Blanca, Doralba y María Ceneth Gutiérrez Alarcón.
Como consecuencia de la anterior declaración, háganse las siguientes o similares condenas:
3.1 Por perjuicios materiales
3.1.1 Se reconocerá y pagará a María del Carmen Gutiérrez Alarcón o a quien o quienes sus derechos representen para la época del fallo; indemnización bajo la modalidad de lucro cesante, cuya génesis se encuentra en la frustración y ausencia de la ayuda económica que percibía del de cujus y de la que seguiría recibiendo si no se hubiese presentado la muerte por la falla alegada.

Para la liquidación de estos perjuicios se tendrán en cuenta los intereses compensatorios desde la fecha de su causación hasta cuando se produzca la indemnización. (…)

La indemnización comprenderá dos (2) fases; según Jurisprudencia de la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado.

A. Vencido o consolidado, que se establece aplicando la fórmula:

$$S = \frac{Ra\ (1 + i)\ n - 1}{i}$$

(…)

B. Futuro o anticipado, que se hallará mediante la fórmula:

$$S = \frac{Ra\ (1 + i)\ n - 1}{i}$$

(…)

Para la fijación y liquidación de estos perjuicios se tendrá en cuenta la supervivencia del menor Iván Ramiro Londoño para efectos de determinar este rubro. De lo probado como salario, se descontará el 25%, determinado por la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado como el porcentaje destinado por la víctima para la atención de sus gastos personales. El excedente se asignará a María del Carmen Gutiérrez Alarcón.

3.1.2 Subsidiaria

Si no existen soportes suficientes para la liquidación y fijación matemático - actuarial de los perjuicios materiales que se debe reconocer y pagar a los padres del de cujus, el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda se servirá fijarle por razones de equidad, el equivalente en pesos a cuatro mil gramos (4.000 g.) oro fino, a la fecha de ejecutoria de la sentencia; según lo regulado por los artículos 4 y 8 de la Ley 153/1887 y 107 del Código Penal Colombiano.

4. POR PERJUICIOS MORALES

Se debe a cada uno de los actores, o a quien o a quienes sus derechos representaran al momento del fallo, indemnización en el equivalente en pesos a dos mil gramos (2.000 gr.) oro fino, al precios que se encuentre el metal en la fecha de la ejecutoria de la sentencia y de la conformidad con la certificación que en tal sentido expida el Banco de la República.

5. POR INTERESES

Se deberán y pagarán a cada uno de los actores o en favor de quien o quienes sus derechos representen para el momento de la sentencia, los intereses que se causen desde la fecha de su ejecutoría hasta aquella en que se efectúe el pago.

De conformidad con la previsión del canon 1653 del Código Civil, todo pago se imputara inicialmente a los intereses.

Se reconocerán y se pagarán intereses comerciales desde la ejecutoría del fallo y transcurridos seis meses los moratorios."

2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones, los demandantes expusieron los hechos que la Sala sintetiza así:

El menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, estuvo internado en el centro de reeducación "Marcelino Ossa" de la ciudad de Pereira, desde el día 7 de diciembre de 1998 hasta el 23 de abril de 2000, cuando murió ahogado en las aguas del río Otún, después de haberse escapado del centro de reeducación, en el cual se encontraba internado.

2.1. La Sala anticipa que en el caso de autos se encontraron los siguientes hechos probados, sobre los cuales se pronunciará a lo largo de la decisión:

1. Que el menor IVÁN RAMIRO LONDOÑO GUTIÉRREZ era hijo de MARÍA DEL CARMEN GUTIÉRREZ y ARGEMIRO LONDOÑO LOPEZ, quienes también tuvieron a su vez a JOSÉ FERNEY LONDOÑO GUTIÉRREZ (hermano del menor). Por otra parte, de la unión libre de MARÍA DEL CARMEN con JESÚS ANTONIO ACEVEDO (padrastro), nacieron ERIKA YESSENIA y NORMA LILIANA ACEVEDO GUTIÉRREZ (hermanas del menor) y otros parientes como: ANA RITA ALARCÓN Vda. De GUITIERREZ (abuela), JOSÉ JESÚS, BLANCA, MARÍA CENETH y DORALBA GUTIERREZ ALARCÓN (tíos)[1].

2. Que el menor IVÁN RAMIRO era infractor de la ley penal, consumía sustancias psicoactivas y desde el año 1998 tenía problemas de comportamiento, razón por la cual se le impuso medida de protección de libertad asistida[2], medida que fue incumplida por el joven al no vincularse a un programa que lo ayudara a superar su adicción y que le proporcionara tratamiento a sus problemas de comportamiento.

---

[1] Ver demanda (Fls.18 a 32 C.1).
[2] Ver folios 2 a 5 y 12 a 18 C.2

3. Que el día 3 de enero de 2000 el menor IVÁN RAMIRO fue sindicado de haber cometido el delito de porte ilegal de armas[3], motivo por el cual se ordenó su reclusión en el Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", institución que no le brindó el tratamiento adecuado, ni ejecutó las medidas de protección necesarias, teniendo en cuenta su especial condición de menor infractor y consumidor de sustancias alucinógenas.

4. Pese a la información recibida por la educadora Carmen Consuelo Rentería sobre las intenciones de fuga del menor IVÁN RAMIRO, la institución de reeducación "Marceliano Ossa" no adoptó las medidas anteriores o concomitantes necesarias para evitar la concreción del hecho (precaución y prevención de la fuga).

5. El Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", contaba con 8 agentes de policía y el Código del Menor establecía 11 unidades policiales en este tipo de instituciones, situación esta que evidencia un descuido por parte de las directivas del Centro de Reeducación en tanto era su obligación velar porque el servicio policial fuera completo y eficaz.

6. El día 23 de abril de 2000 un grupo de jóvenes del centro de reeducación, entre los cuales se encontraba IVÁN RAMIRO, se amotinaron y se evadieron de la institución en horas de la noche[4].

7. De acuerdo con los testimonios obrantes en el plenario los agentes de policía salieron a perseguir a los menores evadidos, sin que repose en el acervo probatorio resultados informativos sobre esta búsqueda[5]. Hecho de por si indicativo de irregularidad en el procedimiento y que permite a la Sala llegar a esta conclusión.

8. Después de la evasión, existiendo la obligación de mantener la búsqueda, el joven IVÁN RAMIRO LONDOÑO murió el día 25 de abril de 2000, según el registro, en el municipio de Marsella (Risaralda), como causa del deceso ahogamiento[6].

---

[3] Ver folio 36 C.2.
[4] Ver el informe dado al Juez Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas – Risaralda mediante escrito del 24 de abril de 2000 por la Jefe del Departamento Red de Menores (Fl.40 C.2)
[5] Ver folios 52 a
[6] Ver el registro civil de defunción del menor (Fl.204 C. Ppal).

9. Así mismo los testimonios reflejan que el cadáver fue encontrado a la orilla del río Otún y, enterrado como N.N., esto es sin ser identificado, en el cementerio de Marsella (Risaralda)[7]. Indicativo de que la búsqueda se suspendió, no se adelantó y contribuyó al deceso, a pesar de tratarse de un menor de edad en especial situación de peligro. Es de anotar que no reposa en el expediente acta de levantamiento del cadáver, ni necropsia que permita establecer con certeza las causas de la muerte, lo que también es indicativo de irregularidades en el procedimiento adelantado.

10. Que la familia del menor no fue oportunamente informada de los hechos acontecidos, pero una vez tuvo conocimiento se vio obligada a realizar las labores de búsqueda por sus propios medios. Búsqueda que arrojó como resultado la información sobre el sitio donde estaba enterrado el menor. Luego de lo cual, procedió a la exhumación del cuerpo.[8]

11. Resalta la Sala, que frente a los hechos anteriores no se adelantaron las investigaciones administrativas y penales por parte de las autoridades municipales (el centro de reeducación), policiales ni judiciales. Situación esta que es calificada como un hecho grave.

12. Así las cosas, en el caso de autos quedó acreditado que el menor Iván Ramiro era una persona complicada, con problemas psicológicos y de adicción, que pese a su situación no recibió de las autoridades la protección, asistencia y seguridad que su especial condición requería. Omisión esta que contribuyó en la concreción de la fuga y su posterior muerte, se itera, sin que se efectuaran los correspondientes informes tanto a las autoridades como a los familiares, hecho que la Sala califica como grave e indicativo de irregularidades dentro del procedimiento adelantado.

3. Actuación procesal en primera instancia

Por auto de 1 de octubre de 2001, el Tribunal Administrativo del Risaralda admitió la demanda (Fl.37 C.1), siendo notificada personalmente y por aviso a la entidad demandada el 6 de diciembre de 2001. (Fl.41 y 42 C.1)

El 16 de enero de 2002, la apoderada de la parte demandada presentó escrito de contestación, señalando con relación a los hechos que, unos no le constan y los otros deben demostrarse. Igualmente, precisó que si bien el municipio no pretende sustraerse

[7] Fls. 43 y 44 C. 2 Pruebas
[8] Fls. 43 y 44 C. 2 Pruebas

de sus obligaciones, es necesario tener en cuenta que los hechos carecen de piso probatorio.

Seguidamente, relata que el centro de reeducación y protección de menores Marcelino Ossa, es el establecimiento donde se encontraba internado el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, por porte ilegal de armas, quien se fugó de la institución el 23 de abril de 2000, previo amotinamiento y destrucción de candados, puertas, aulas de clase y archivos. Así mismo, argumenta que este tipo de establecimientos asumen una obligación de seguridad que es de resultado, razón por la cual para exonerarse de su responsabilidad debe acreditar una causa extraña como culpa exclusiva de la víctima, la cual se configura en este caso.

Por otro lado, sostiene que es una utopía pensar en un estado ideal omnipotente, omnipresente, capaz de satisfacer plenamente las necesidades de los ciudadanos, el Estado hace lo que puede, lo que está a su alcance y no puede exigírsele imposibles, menos aun en circunstancias como las del presente caso.

Posteriormente, se refiere o sustenta los motivos por los cuales no se deben reconocer perjuicios materiales, ni morales a los demandantes y propone como excepciones la culpa exclusiva de la víctima y rompimiento del nexo causal entre el hecho que se le imputa al municipio de Pereira y el daño. (Fls.48 a 55 C.1)

Finalmente, solicita que se llame en garantía a la Previsora S.A Compañía de Seguros, para que responda en el evento que el Tribunal encuentre responsable y condene a pagar alguna suma de dinero al municipio de Pereira, por los hechos que dieron origen a la presente demanda. Lo anterior, en virtud de la póliza No. 522781 “Multi riesgo Previ - Alcaldías” (Fls.58 C.1).

Por medio de auto del 31 de enero de 2002, el Tribunal Administrativo del Risaralda admitió el llamamiento en garantía que hizo el municipio de Pereira en contra de la compañía de seguros La Previsora S.A (Fl.64 y 65 C.1).

A través de escrito presentado el 1 de marzo de 2002, la apoderada de la llamada en garantía contestó la demanda, señalando que los hechos no le constan y que por tanto debían probarse. Igualmente, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Por otro lado argumenta, que no existió omisión o falta de vigilancia, por cuanto la institución Marceliano Ossa del Municipio de Pereira, no es una entidad de

reclusión, sino una entidad encargada de realizar tratamientos psicopedagógicos a menores infractores, motivo por la cual el sistema de vigilancia no puede ser calificado de la misma manera como se califica en los centros de reclusión.

Como excepciones propone rompimiento del nexo causal e indebida presentación de la demanda, por cuanto no se explica claramente la causa de la muerte del joven Iván Ramiro Londoño Gutiérrez (Fls.68 a 72 C.1)

La etapa probatoria venció el 30 de mayo de 2002 (Fls.78 a 82 C.1).

Por auto de fecha 31 de enero de 2003, se ordenó correr traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor. (Fl.85 C.1)

4. Alegatos de conclusión en primera instancia

En escrito del 17 de febrero de 2003 la llamada en garantía, La Previsora S.A, presentó escrito de alegatos de conclusión, en donde reiteró lo señalado en anteriores oportunidades procesales y finalizó expresando que no aparece probado dentro del proceso omisión alguna que determine responsabilidad a cargo del municipio de Pereira en la muerte de Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, por cuanto se demostró que dicha entidad, si contaba con la vigilancia adecuada para el centro de reeducación al momento de la fuga del menor (Fl.86 a 89 C.1).

La parte demandante, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y enfatizando que de acuerdo con las pruebas recaudadas quedó demostrado que el centro de reeducación “Marceliano Ossa”, incumplió la obligación de seguridad y vigilancia a su cargo. Igualmente, recurre a la teoría de la responsabilidad por inactividad material, la cual se asimila a lo que en la doctrina penal se denomina tipos de comisión por omisión, donde un determinado resultado le es imputable al Estado en casos de omisión taxativamente creados. Por último, hace un estudio del Código del Menor para determinar el deber de seguridad de entes como el Marceliano Ossa (Fls.90 a 108 C.1)

La entidad demandada, reiteró lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda (Fls.109 a 112 C.1)

El Ministerio Público guardó silencio.

5. Sentencia del Tribunal

El Tribunal Administrativo del Risaralda mediante sentencia del 15 de octubre de 2003, negó las pretensiones de la demanda. Para tomar esta decisión, el *A quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones (Fls.115 a 129 C. Ppal):

> *"Pero, en el caso que se tiene entre manos, la muerte del menor no tuvo ocurrencia dentro del lugar de reclusión. Su fallecimiento es un misterio, lo único que se conoce es que ocurrió por fuera del lugar donde aparecía recluido, y que ello vino a darse con posterioridad a cometer un hecho delictivo: se fugó del centro de rehabilitación (Art. 448 Código Penal). Ello, de por sí, está marcado que en su ocurrencia no tuvo incidencia la entidad estatal demandada, suponiendo que el menor se lanzó a las aguas del río Otún huyendo, que se resbaló y fue a caer a su cauce, para no especular con otras hipótesis viables, si se tiene en cuenta, se repite, que no se tiene certeza de que fue lo que efectivamente ocurrió, pues sencillamente en el plenario sólo se encuentra a folio 15 el certificado de defunción expedido por el Notario Único de Marsella, dando fe de que en ese municipio (los hechos se dieron en Pereira) falleció Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, el 25 de abril de 2000 (los sucesos en esta capital fueron el 23). En dicho documento no dice, como tampoco en algún otro, cuáles fueron las causas del deceso"*

6. El recurso de apelación.

Contra lo así decidido se alzó la parte demandante mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2003. El apoderado expuso los motivos de disentimiento en los siguientes términos: (Fls.131 a 151 C. Ppal)

1. Hace alusión a la obligación de seguridad indicando que en el caso de las personas privadas de la libertad, el Estado asume la obligación de regresarlas al seno de la sociedad en las mismas o similares condiciones de salud en las que ingresó al centro de reclusión, por eso asumen una obligación de seguridad que es de resultado y no de medio, salvo que se demuestre un hecho eximente de la responsabilidad. Concluyendo que en el caso del menor Iván Ramiro Londoño, se incumplió tal obligación.
2. Seguidamente, realiza un recuento de las pruebas recaudadas (documentales y testimoniales), manifestando que del testimonio de la docente Carmen Rentería se evidencia que las condiciones de seguridad no se cumplía en el Marceliano Ossa, porque allí las evasiones eran a diario, sin que la institución demostrara que después de las fugas, se hubieran tomado medidas para evitar dichas anomalías y por el contrario, lo que se demuestra es que el comportamiento del ente municipal estimulaba la idea de evasión en los menores, ya que no se tomaban medidas correctivas para evitar las fugas. Por lo tanto, el deber de protección no se cumplió en el aspecto de la custodia y vigilancia constante de los menores, es decir, se presentó una conducta irregular por

omisión. Por otra parte, del testimonio de Juan Guillermo Ramírez, resalta que el educador manifiesta que se habían hecho aproximadamente cinco motines y en el que se fugó el menor Londoño, los amotinados se escaparon metiéndole una toalla al candado y de un golpe seco lo reventaron, circunstancia que lleva a concluir que no puede haber excusa para el ente municipal y por el contrario, se encuentra demostrado su apatía a implementar medidas efectivas de seguridad.

3. Por otro lado, recurre a la teoría de la responsabilidad por inactividad material, la cual se asimila a lo que en penal se llama, tipos de comisión por omisión, donde la responsabilidad le es imputable al Estado cuando este tenga la posición de garante, se haya producido un resultado dañoso y la entidad haya tenido la posibilidad de evitar el daño. Condiciones estas que en el sentir de los demandantes, están presentes en los hechos que rodearon la muerte del joven Iván Ramiro Londoño.

4. Finalmente, analiza algunos de los artículos del código del menor, precisando que el ente estatal debe brindar una protección especial al menor, la cual se extiende hasta impedirle, con medios coercitivos entre otros, la evasión. Por lo tanto, pretender, como lo hace la entidad, excusar su negligencia e ineficiencia en tal legislación es una falacia. Ni la ley del menor, ni las reglas mínimas de las Naciones Unidas, ni las convenciones, ni resoluciones adoptadas por Colombia para su tratamiento, contienen las prohibiciones expuestas por el centro de reclusión Marceliano Ossa.

5. Concluye diciendo, que si el Estado con su negligencia permitió la evasión del menor, en especial por la falta de medidas medianas de seguridad, es apenas natural y obvio que se deduzca la responsabilidad por el daño causado.

7. Actuación en segunda instancia

Mediante auto de 6 de noviembre de 2003, el Tribunal concedió el recurso (Fl.153 C. Ppal) y esta Corporación por auto de 19 de febrero de 2004 lo admitió (Fl.159 C. Ppal).

En auto del 23 de abril de 2004, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para que presentaran sus alegatos finales y al Ministerio Público para que emitiera el concepto de rigor (Fl.160 C.1).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

De conformidad con la facultad oficiosa que le otorga al juez el artículo 43 la Ley 640 de 2001, mediante auto de 26 de marzo de 2012 se ordenó citar a las partes a la celebración de una audiencia de conciliación. (Fl.163 C. Ppal), la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio de la parte demandada. (Fls.173 a 193 C. Ppal).

De conformidad con la facultad establecida por el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, la Sala decretó como prueba de oficio requerir a la Notaria Principal de Circuito de Marsella (Risaralda), con el fin de que se sirviera allegar al proceso copia auténtica del registro civil de defunción del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez (Fls.199 y 200 C.Ppal).

Mediante memorial del 14 de agosto de 2013 el Notario Único del Circuito de Marsella (Risaralda), allegó copia auténtica del registro civil de defunción del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez (Fls. 203 y 204 C.Ppal). Del cual se corrió traslado a las partes mediante auto del 9 de septiembre de 2013, en virtud de lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo (Fl.206 C.Ppal).

Mediante constancia secretarial del 8 de noviembre de 2013 el proceso pasó al despacho para elaborar proyecto de sentencia (Fl.209 C.Ppal)

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a $39.542.740 (equivalente a 2000 gr. Oro) por concepto de perjuicios morales en favor de cada uno de los actores. A la fecha de la presentación de la demanda - 3 de agosto de 2001 -, este valor supera el exigido para que el proceso sea de doble instancias (Decreto 597 de 1988 - $26.390.000). En ese orden, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda el 15 de octubre de 2003, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

2. Aspectos procesales previos

2.1 Prueba mediante copia simple

Es necesario precisar lo concerniente a los documentos aportados en copia simple al proceso por el apoderado de la parte actora.

El precedente jurisprudencial ha señalado, que por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, los documentos que se aporten a un proceso judicial, podrán allegarse en original o en copia, la cual puede estar constituida por transcripción o por reproducción mecánica, como lo señala el artículo 253 del C.P.C.

Ahora bien, si se trata de copias, debe observarse lo dispuesto en el artículo 254 del C.P.C., esto es:

> *"Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. Numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:*
> *1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.*
> *2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.*
> *3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa."*

Resulta pertinente aclarar que la vigencia del artículo 11 de la Ley 446 de 1998 y la del artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, según los cuales los documentos presentados en sede judicial se reputan auténticos, en nada modifican el contenido de los artículos 254 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues el primero de ellos se refiere sólo a documentos privados y el segundo, como bien lo ha establecido la Corte Constitucional, alude a documentos originales y no a copias[9]. Queda claro entonces, que los documentos mediante los cuales se pretende la demostración de los hechos alegados en la demanda, deben aportarse en original o copia auténtica, debido a que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254[10] antes citado.

---

[9] Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia de 6 de marzo de 2008, Exp. 26.225.

10 "…la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ´el mismo valor probatorio del original´ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos…." Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia constitucional, que el precepto según el cual las copias, para que tengan el valor probatorio del original, tienen que ser autenticadas, es un principio elemental que siempre ha regido los ordenamientos procesales, considerando, que la certeza de los hechos que se tratan de demostrar con copias de documentos tiene relación directa con la autenticidad de tales copias.

> *"Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial"*[11].

Adviértase, entonces, que la honorable Corte Constitucional, en ejercicio de su función guardadora de la supremacía de la Constitución, mediante sentencia en cita, sostuvo que una cosa es la primacía del derecho sustancial, principio contenido en el artículo 228 de la Carta Magna, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que conllevan el nacimiento, modificación o extinción de los derechos reconocidos en la ley sustancial, de manera que concibió la autenticidad de las copias, para reconocerle el mismo valor jurídico del original, el desarrollo de los derechos sustanciales, por cuanto cumple la finalidad de rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos.

> *"En las actuaciones de la administración de justicia, es decir, de los jueces, "prevalecerá el derecho sustancial". Lo cual significa esto, y solamente esto: que el proceso es un medio y que, por lo mismo, las normas procesales deben aplicarse con un fin, fin consistente en la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial. La exigencia del numeral 2 del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle "el mismo valor probatorio del original" es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos. Ninguna de las dos normas acusadas quebranta el artículo 228 de la Constitución. Una cosa es la primacía del derecho sustancial, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexequibles las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí"*[12].

Del mismo modo, aseveró el máximo Tribunal de lo constitucional que la exigencia de pruebas dentro del proceso judicial no es incompatible con la presunción de buena fe contenida en el artículo 83 superior, por el contrario, encontró que la exigencia de

---

[11] Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 023 de 11 de febrero de 1998.
[12] Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 023 de 11 de febrero de 1998.

pruebas, presente en todos los ordenamientos jurídicos, son una forma para conseguir la seguridad en las relaciones jurídicas.

No obstante, es igualmente importante prever que la jurisprudencia ha establecido excepciones a las reglas probatorias anteriormente anotadas, las cuales se han circunscrito, principalmente, a las pruebas documentales trasladadas de procesos diferentes al contencioso, a aquellas que provienen de la entidad demandada y las que han obrado a lo largo del plenario o han sido coadyuvadas por la parte contra quien se aducen, por cuanto se presume el pleno conocimiento de la prueba en la parte contraria y la posibilidad de controvertirla o, incluso, de alegarla a su favor. Lo anterior, atendiendo el principio de lealtad procesal.

Al respecto se ha dicho:

> *"Más evidente aún resulta la carencia de necesidad de que se autentiquen las copias simples aportadas en contra de quien tiene a su disposición los originales o copias auténticas anteriores, o de que éstas se cotejen en diligencia de inspección judicial, en aquellos eventos en los que quien tiene bajo su guarda esos originales o copias auténticas y en contra de quien se aducen las copias simples, en vez de tachar éstas de falsedad, se remite a las mismas para fundamentar su defensa, con ese comportamiento procesal, ha de entenderse que la parte contra quien se aducen las copias ha verificado su autenticidad y las acepta como pruebas válidas del proceso*[13]*.*

La Sala de Sección, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe y el deber de lealtad procesal[14], reconoció valor probatorio a una prueba documental

---

[13] Consejo de Estado, sentencia del 18 de enero de 2012 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999-01250.

[14] "… La actividad probatoria es esencial dentro del desarrollo de cualquier tipo de proceso, pues mediante ella las partes procuran acreditar la exactitud de sus alegaciones, y el órgano jurisdiccional intenta alcanzar el convencimiento sobre los hechos litigiosos en aras de ofrecer la tutela más justa. Por ello, dada la relevancia práctica de esta actividad, el legislador realiza una regulación de la prueba en la que se pretende evitar que la actuación maliciosa de cualquiera de los litigantes pueda desplegar algún tipo de eficacia. La infracción del principio de la buena fe procesal en el desarrollo de la actividad probatoria suele estar relacionado, por un lado, con conductas de las partes, el engaño, la mentira, el error; y, por otro, con el uso de los medios probatorios para dilatar o complicar el desarrollo normal del proceso. La intervención de buena fe de las partes en materia probatoria comporta, en primer lugar, que limiten su proposición de prueba a aquellas que sean pertinentes, útiles y licitas, y lo efectúen en el momento procesal adecuado, que varía en función del tipo de prueba. Y, en segundo lugar, una vez admitida la prueba, que realicen toda la actividad tendente a su práctica, salvo que renuncien a ella de forma expresa. En ningún caso es posible que una vez practicada la prueba, la parte proponente pueda renunciar a la misma, ya que en función del resultado obtenido podría sustraerse maliciosamente del proceso un material de enjuiciamiento del todo imprescindible para la más justa resolución del caso, a la vez que se eliminaría un elemento de defensa de la parte contraria. Además, ello supondría la vulneración del principio chiovendano de adquisición procesal, que si bien no ha sido expresamente recogido en la LEC 1/2000, ha sido reiteradamente admitido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. (…) de igual modo, las reglas de buena fe inciden en materia de carga de la prueba, especialmente en aquellas situaciones fácticas cuya prueba es fácil para una de las partes; en estos casos, la buena fe en su actuar debería comportarle la carga de probar los citados hechos. Así en los modernos ordenamientos procesales –como destaca recientemente Berizonce- la debida colaboración de las partes en materia probatoria ha dado lugar a la denominada carga de la prueba dinámica, lo que comporta la imposición de la carga de aportación a

allegada con el escrito introductorio en copia simple, que obró a lo largo del proceso, en un caso donde la Nación al contestar la demanda admitió tenerla como prueba y aceptó el hecho a que se refería dicho documento, donde, además, una vez surtidas las etapas de contradicción, dicha prueba no fue cuestionada en su veracidad por la entidad demandada[15].

Este pronunciamiento se fundamentó en el citado precedente:

> *"De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.*
>
> *En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda*[16]*."*

Al respecto, debe anotarse que el avance jurisprudencial presentado en este sentido obedece, entre otras, a la expedición de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 por la cual se promulgó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que entró en vigencia el pasado 2 de julio de 2012 y en cuyo artículo 215 estableció una presunción legal con relación al valor probatorio de la copias, según la cual

---

la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad de actor o demandado en el proceso… En materia de prueba documental, la buena fe de los litigantes se concreta muy especialmente en tres momentos: a) en primer lugar, en la exigencia de aportar los documentos en que se fundamenten sus pretensiones con los escritos iniciales de alegaciones, al objeto de garantizar plenamente el derecho a la defensa de la contraparte. Por ello, el art. 269.1 LEC prevé la preclusión de la aportación de documentos, y el art. 270.2 LEC recoge expresamente la mala fe procesal como motivo para imponer una multa de hasta 1200 euros para cuando se pretenda vulnerar dicha preclusión sin causa justificada. Además, por otro lado, no pueden esconderse los documentos decisivos, ni aportarlos de forma manipulada en orden a falsear la realidad de los hechos que recoja. En este caso, al margen de la correspondiente responsabilidad penal en la que se podrá incurrir, se justificará la nulidad de la sentencia firme civil y su posterior revisión. b) En segundo lugar, en la necesidad de pronunciarse sobre la autenticidad de los documentos en el acto de la audiencia previa, a fin de evitar innecesarias actuaciones probatorias posteriores. c) Y, en tercer lugar, en la obligación de aportar, a instancia de la parte contraria, los documentos que sean requeridos por el juez, para así protegerle en su derecho fundamental a la prueba…". Joan Pico I Junoy. *El Principio de la Buena Fe Procesal.* Ed. J.M. Bosch. Pags. 152 a 157.

[15] Consejo de Estado, sentencia de 18 de julio de 2012, Exp. 22.417 M.P. Enrique Gil Botero.

[16] Consejo de Estado, sentencia del 18 de enero de 2012 M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999-01250.

se presume que estas tienen el mismo valor del original siempre que no hayan sido tachadas de falsas.

Es oportuno señalar, que el artículo 308 restringió su aplicación a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a su entrada en vigencia. No obstante, la Sala considera pertinente reiterar que en lo referente a la prueba del estado civil de las personas se seguirá aplicando, preferentemente, lo dispuesto por el Decreto Ley 1260 de 1970 en cuanto se trata de una *lex especialis*[17]*.*

Como así se reiteró en reciente pronunciamiento del 28 de agosto de 2013, de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, al referirse al valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, entre otras señaló:

> *"Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que -a la fecha- las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 -estatutaria de la administración de justicia-.*
>
> *En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la entidad demandante y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.*
>
> *Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.*
>
> *El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.*
>
> *En otros términos, a la luz de la Constitución Política negar las pretensiones en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar -de modo significativo e*

---

[17] Debe entenderse que aunque exista una norma posterior en materia de prueba del estado civil de las personas aplica el criterio de especialidad como una regla de aplicación dirigida a las autoridades judiciales y administrativas, para dirimir las posibles antinomias que se susciten con otras normas de carácter general. En tal sentido el criterio *lex especialis* supone dar un tratamiento distinto (especial y preferente) a una categoría distinta (especial y preferente) de sujetos o situaciones, en razón de las diferencias que presentan con respecto a la categoría general.

injustificado- el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

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

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que la Sección C (sic) de la Sección Tercera ha privilegiado en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena destacar[18].

---

[18] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999- 01250. Oportunidad en la que se precisó: "De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.
"En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda." .
De igual forma, se pueden consultar la sentencia de 7 de marzo de 2011, exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero, oportunidad en la que se precisó: "Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.
"En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.
"En el caso *sub examine*, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.
"Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.
"El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva

Lo anterior, no quiere significar en modo alguno, que la Sala desconozca la existencia de procesos en los cuales, para su admisión y trámite, es totalmente pertinente el original o la copia auténtica del documento respectivo público o privado. En efecto, existirán escenarios -como los procesos ejecutivos- en los cuales será indispensable que el demandante aporte el título ejecutivo con los requisitos establecidos en la ley (v.gr. el original de la factura comercial, el original o la copia auténtica del acta de liquidación bilateral, el título valor, etc.). Por consiguiente, el criterio jurisprudencial que se prohíja en esta providencia, está relacionado específicamente con los procesos ordinarios contencioso administrativos (objetivos o subjetivos) en los cuales las partes a lo largo de la actuación han aportado documentos en copia simple, sin que en ningún momento se haya llegado a su objeción en virtud de la tacha de falsedad (v.gr. contractuales, reparación directa, nulidad simple, nulidad y restablecimiento del derecho), salvo, se itera, que exista una disposición en contrario que haga exigible el requisito de las copias auténticas como por ejemplo el artículo 141 del C.C.A., norma reproducida en el artículo 167 de la ley 1437 de 2011 -nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-.".[19]

En el caso de autos, mediante oficio remisorio del 24 de junio de 2002 la Alcaldía de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Centro de Reeducación de Menores (Fl.22 anexo 1), remitió los siguientes documentos, los cuales se encuentran en copia simple, discriminados así:

- Oficio penal No.613 del 11 de diciembre de 1998.
- Boleta de Internamiento No.054 del 11 de diciembre de 1998.
- Ficha Socio - Familiar de diciembre 14 de 1998.
- Ficha visita domiciliaria de fecha 2 de febrero de 1999.
- Boleta de libertad No.016 del 12 de mayo de 1999.
- Boleta de internamiento No.0001 del 3 de enero de 2000.
- Ficha de reincidencia del 12 de enero de 2000.
- Oficio T - 143, donde se informa al Juzgado Primero Promiscuo de Dosquebradas (Risaralda), sobre los hechos ocurridos el 23 de abril de 2000.

Siendo pertinente indicar, que dichos documentos no fueron desconocidos, ni mucho menos tachados de falsos, sino que conscientemente, se manifestó la intención de que los mismos fuesen valorados dentro del proceso.

De manera que, en concordancia con lo expuesto párrafos atrás, la Sala observa que los medios probatorios así presentados han obrado a lo largo del proceso, sin que haya

---

regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso."

[19] Consejo de Estado. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Rad: 25022. M.P: Enrique Gil Botero.

sido objeto de tacha por parte de la entidad demandada, para quien es claro su conocimiento pleno de la prueba, por cuanto en todos sus escritos de defensa hizo alusión a la misma y tuvo oportunidad de contradecirla o usarla en su defensa.

Fundamentada la Sala en los argumentos citados, se valorarán los mencionados documentos conforme a los rigores legales vigentes en la materia.

2.2 Prueba trasladada

En cuanto a la prueba trasladada que la Sala valorará, se advierte que se allegó copia del proceso adelantado por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas - Risaralda, a solicitud de la parte demandada. Teniendo en cuenta esto, la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en el argumento jurisprudencial continuado según el cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, requisitos que se cumplen en el presente, por lo cual se considera que la prueba fue plenamente conocida y aceptada por la parte demandante.

En este sentido, la Sala sostiene que cuando el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso hubiesen sido solicitadas por las partes, en este caso por la demandada, las mismas podrán ser valoradas y apreciadas, pese a que su práctica se hubiera producido sin citarse o intervenir alguna de aquellas en el proceso de origen y, no hayan sido ratificadas en el proceso al que se trasladan, ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal “que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”[20].

Cuando se trata de prueba documental, específicamente, se podrá trasladar de un proceso a otro en original (evento en el que se requerirá el desglose del proceso de origen y que se cumpla lo exigido en el artículo 185 C.P.C), o en copia auténtica (evento en el que se deberá cumplir lo consagrado en los artículos 253 y 254 del C.P.C).

[20] Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12789; 9 de junio de 2010. Exp.18078.

De esta manera, la Sala valorará las pruebas practicadas dentro del proceso contencioso administrativo y aquellas trasladadas del Juzgado Promiscuo de Familia, conforme a los fundamentos señalados.

3. Problema jurídico

¿Del acervo probatorio se puede concluir que concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la muerte de Iván Ramiro Londoño Gutiérrez por la entidad demandada al haber incumplido la obligación de seguridad a su cargo, o si, por el contrario, se acreditaron los elementos necesarios para estimar configurada una causal eximente de responsabilidad? Así mismo, ¿en el evento en que se declare la responsabilidad de la entidad demandada de manera total o parcial, se deben reconocer los perjuicios alegados por la parte demandante?

4. Del acervo probatorio

Dentro del expediente, obran las siguientes pruebas:

4.1 Documentales

1. Copia simple del registro civil de nacimiento de María del Carmen Gutiérrez Alarcón (madre) (Fl.9 C.1).

2. Copia auténtica del registro civil de matrimonio de Argemiro Londoño López (padre) y María del Carmen Gutiérrez Alarcón (madre) (Fl.10 C.1).

3. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Erika Yessenia Acevedo Gutiérrez (hermana) (Fl.11 C.1).

4. Copia simple del registro civil de nacimiento de Norma Liliana Acevedo Gutiérrez (hermana) (Fl.12 C.1).

5. Certificado auténtico del registro civil de nacimiento de José Ferney Londoño Gutiérrez (hermano) (Fl.13 C.1).

6. Certificado auténtico del registro civil de nacimiento de Iván Ramiro Londoño Gutiérrez (víctima) donde consta que nació en Pereira (Risaralda) el 14 de mayo de 1984 (Fl.14 C.1).

7. Copia auténtica del registro civil de defunción de Iván Ramiro Londoño Gutiérrez (víctima) donde consta que su fecha de deceso fue el 25 de abril de 2000 (Fl.204 C. Ppal).

8. Copia simple del certificado del registro civil de nacimiento de María Cenet Gutiérrez Alarcón (tía) (Fl.16 C.1).

9. Copia simple del certificado del registro civil de nacimiento de Blanca Inés Gutiérrez Alarcón (tía) (Fl.17 C.1).

10. Original del certificado de fecha 21 de junio de 2002, expedido por la Alcaldía de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Centro de Reeducación de Menores, donde señala que en el Centro de Reeducación de Menores "Marceliano Ossa y Lázaro Nicholls":

> *"1.La entidad encargada de prestar el servicio de la vigilancia de los menores que ingresan al Centro de Reeducación por orden Judicial, es la POLICÍA NACIONAL.*
> *2. Que el número de uniformados destinados en la actualidad para el servicio de vigilancia y las demás actividades estipuladas en el Código del Menor es de 11 unidades policiales.*
> *3. Que para la fecha de los acontecimientos sólo se tenían asignados 8 unidades distribuidas en dos turnos de 24 horas." (Fl.18 C.2)*

11. Original del certificado de fecha 21 de junio de 2002, expedido por la Alcaldía de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Centro de Reeducación de Menores, donde señala que en el Centro de Reeducación de Menores "Marceliano Ossa y Lázaro Nicholls", es aplicable el Código del Menor y por tanto las medidas adoptadas para el día 23 de abril de 2000 son las allí consagradas, menciona que siempre ha existido apoyo en la vigilancia por parte del Comando Departamental de la Policía y finalmente que el día de los hechos, los jóvenes de la institución protagonizaron un motín en horas de la noche, logrando huir por el techo de la institución (Fl.19 C.2).

12. Original del oficio No.338 del 24 de junio de 2002 del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas - Risaralda, mediante el cual se remite copia auténtica de las diligencias obrantes en el proceso que por la conducta irregular de "porte de armas ilegal", se tramitó contra el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, radicado No.1.998-0081, del cual se tendrán en cuenta los siguientes documentos (Fl.20 C.2, Anexo 1):

a. Copia auténtica de la providencia del 16 de diciembre de 1998 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia contra el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez

por el delito de porte ilegal de armas, en la cual se ordenó como medida de protección la ubicación en institución de carácter cerrado, de la cual se resalta lo siguiente (Fl.2 a 4 anexo 1):

> *"La conducta irregular objeto de investigación, es el porte ilegal de armas de defesa (sic) (sic) personal, descrito en el artículo 1º decreto 3364 de 1986 adoptando como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991 y modificado por el decreto 2535 de 1993, que sanciona a quien sin permiso de autoridad competente porte arma de fuego de defensa personal.*
>
> *(…)*
>
> *La prueba que lo señala como autor de la infracciones clara y contundente. La captura en flagrante delito, la confesión simple y el testimonio del agente de la policía, es material abundante que lo señala como autor de la conducta irregular; pues las explicaciones que dio sobre la procedencia del arma, ni lo eximen de responsabilidad ni tampoco resultan lógica, toda vez que en el proceso hay constancias provenientes de su familia y del agente de la policía según lo confidenció un ciudadano de su misma familia que si comportamiento en punto a hechos contra la propiedad no son buenos.*
>
> *De acuerdo con la entrevista privada y el informe de la asistente social, el pronóstico de su comportamiento social es malo. No estudia, se retiró sin razón aparente; desobediente, dedica mucha parte del tiempo a la vagancia dedicado a consumar ilícitos contra la propiedad; desobediente, no acata las normas impuestas por la mamá, rebelde; de atender que sus proyectos para el futuro es dedicarse a la delincuencia. En síntesis, es persona que necesita medida de protección.*
>
> *En tales condiciones, es aconsejable que se le imponga la ubicación institucional de carácter cerrado que cumplirá en el centro de reeducación creeme de la ciudad de Pereira".*

b. Copia auténtica de la sentencia del 10 de febrero de 1999, mediante la cual se señala las condiciones socio-familiares del menor y la medida a imponer, así:

> *"Condiciones sociofamiliares (sic) de los menores.*
>
> *De acuerdo con la entrevista privada y el informe de la asistente social, el pronóstico de su comportamiento social es malo. No estudia, porque se retiró sin razón aparenta (sic), dedica mucha parte del tiempo a la vagancia dedicado a consumar ilícitos contra la propiedad, rebelde y desobediente, no acata las normas impuestas por la mamá, rebelde, da a entender que sus proyectos para el futuro es dedicarse a la delincuencia, son los razonamientos que hizo el despacho cuando resolvió su situación jurídica, panorama que no ha cambiado según puede colegirse del informe de Psicología de la institución, pues no obstante algunas cosas positivas, tiene poca valoración de si mismo, escaso en valores, inmadurez psicoafectiva,"… presenta carácter regresivo y dependiente … y no ha logrado evolucionar positivamente. Requiere orientación psicológica, fortalecimiento del autoestima y de los valores .." y culmina solicitando una medida más favorable.*

Medida a imponer.

En tales condiciones, es aconsejable que se le imponga como medida la ubicación institucional, pero el despacha (sic) acepta la sugerencia de la institución en el sentido de que sea más benévola, por ello la cambiará por semicerrada, que cumplirá en el centro de reeducación creeme de la ciudad de Pereira." (Fls.12 a 17 anexo 1)

c. Copia auténtica del auto del 12 de mayo de 1999, en donde el señor Juez decide modificar su decisión en el sentido de internar al menor en un centro de reeducación con medida semi - cerrada e imponer como medida la libertad asistida por cuanto:

"Evidencia el juzgado con base en el informe suscrito por la Coordinadora del Centro de Reeducación "CREEME" donde el joven se encuentra interno, que la evolución ha sido positiva, asimila el proceso reeducativo, acata la normatividad institucional; muestra definición de su proyecto de vida, se fija metas a corto y mediano plazo; que aunque IVAN RAMIRO, ha sido consumidor de sustancias psicoactivas, ha madurado en este aspecto y desea vincularse a una comunidad terapéutica la cual le ayude a superar su adicción. Recomiendan cambio de medida favorable por la LIBERTAD ASISTIDA, reforzando su escala de valores y auto - estima y brindar asesoría familiar en pautas de manejo, al igual que vincularlo a una comunidad terapéutica.
(…) con la obligación de vincularse a los programas implantados por la CORPORACION CID, observar buena conducta en todo sentido, no compartir con personas que puedan incidir en su buen comportamiento, informar cambio de residencia en caso de ocurrir y por parte del juzgado se solicitará a la FUNDACION HOGARES CLARETH, para que se estudie la posibilidad de vincularse a los programas que puedan ayudarle a superar la adicción, siempre y cuando el joven tenga voluntad para ello.
Para ello se entregará a su progenitora quien suscribirá diligencia de compromiso quedando obligada a apoyar al menor e informar caso de desobediencia." (Fls.22 a 24 anexo1).

d. Copia auténtica del oficio del 29 de septiembre de 1999 remitido por la Corporación Integral para el Desarrollo Social, en donde se informa al juzgado que ni el menor, ni su progenitora, han asistido a los programas ofrecidos:

"*En vista de la inasistencia del joven a las actividades que programa la institución (sic) beneficio de su desarrollo integral, se han llevado a cabo diferentes intervenciones con el fin de conocer las razones y motivarlo a que dé cumplimiento y responda adecuadamente a su proceso formativo, hasta el momento no se ha logrado dialogar con la progenitora, pues se le ha citado a la institución y no se ha hecho presente. En dialogo sostenido con la prima del joven dio a conocer que el comportamiento de él, es irregular, según ella se está dedicando de nuevo a actividades ilícitas (hurto, atraco) y hacerle daño a las personas de la comunidad, al parecer está consumiendo S.P.A no está laborando de manera honrada, ni tampoco demuestra empeño por vincularse académicamente, no acata ni tiene en cuenta llamados de atención que realiza su abuela quie (sic) se encuentra reducida a la cama, sus llegadas son a altas horas de la noche y en oportunidades amanece fuera de casa." (Fl.29 anexo1)*

e. Copia auténtica del oficio del 5 de noviembre de 1999 remitido por la Corporación Integral para el Desarrollo Social, remitido al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas (Risaralda), en donde se informa de la situación del menor en los siguientes términos:

> *"(…) En diálogo sostenido con la progenitora, manifiesta que al parecer su hijo se encuentra consumiendo S.P.A (Bazuco), sigue compartiendo con amistades que no le aportan nada positivo a su desarrollo integral, no acata las normas dentro del hogar, no desempeña actividad laboral, ni escolar y expresa no querer volver a presentarse al programa." (Fl.31 anexo1)*

f. Copia auténtica de la constancia secretarial fijada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas (Risaralda), de fecha 21 de diciembre de 1999 donde se señala (Fl.35 anexo1):

> *"En la fecha, se ha presentado ante este juzgado la señora MARIA DEL CARMEN GUTIÉRREZ, progenitora del menor IVAN RAMIRO LONDOÑO GUTIÉRREZ, a comunicar y solicitar muy encarecidamente al juzgado, se interne a la mayor brevedad al joven, ya que es pésimo su comportamiento, tiene malas compañías, no acata normas de conducta, y continua consumiendo sustancias sico - activas, y teme le pueda ocurrir algo."*

g. Copia auténtica del oficio del 3 de enero de 2000, por medio del cual se remite al menor al Centro de Reeducación "CREEME" (Fl.37 anexo1)

13. Original de la certificación expedida el 24 de junio de 2002, por la Alcaldía de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Centro de Reeducación de Menores, donde señala que en el Centro de Reeducación de Menores "Marceliano Ossa y Lázaro Nicholls":

> *"Los jóvenes institucionalizados por orden de autoridad competente, realizan en desarrollo del programa Reeducativo solo actividades pedagógicas, formativas, culturales, espirituales y recreativas por las que no reciben contraprestación alguna" (Fl.21 C.2)*

14. Escrito original de fecha 24 de junio de 2002, expedido por la Alcaldía de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Centro de Reeducación de Menores, donde remite las boletas y fichas de ingreso del joven Iván Ramiro Londoño Gutiérrez así:

a. Copia simple del oficio No. 613 del 11 de diciembre de 1998 del Juzgado Primero Promiscuo de Familia - Dosquebradas - Risaralda (Fl.31 C.2), donde se solicita al Comandante de la Estación de Policía:

> *"(…) disponer que dentro del término posible, sea trasladado hasta el Centro de Reeducación "CREEME" de Pereira el joven IVÁN RAMIRO LONDOÑO*

GUTIÉRREZ, quien está implicado (sic) conducta irregular "PORTE ILEGAL DE ARMAS"

b. Copia simple de la boleta de internamiento No. 054 de 11 de diciembre de 1998 (Fl.30 C.2)

c. Copia simple de la ficha socio familiar del 14 diciembre de 1998 (Fls.27 a 29 c.2), del cual se resalta lo siguiente:

"DINAMICA INTRAFAMILIAR: (Comunicación - normas - roles relaciones intrafamiliares - autoridad - otros)
Iván se encuentra totalmente inactivo en los últimos, no estaba estudiando, no trabajando.
Vive en casa de la abuela materna desde los 4 años aproximadamente, la razón que expone es por que (sic) la madre y el padre están separados, toda una (ilegible) otra relación con otras personas (…)
Las relaciones familiares en casa de la abuela (…)
La familia tiene conocimiento de la situación actual del menor, actitud frente a la situación:
Toda la familia tiene conocimiento"

d. Copia simple de la ficha visita domiciliaria del 2 de febrero de 1999, elaborada por el Centro de Reeducación de Menores "CREEME" - Municipio de Pereira - Secretaría de Educación, en la cual se señaló lo siguiente (Fl.26 C.2):

"Considero que las condiciones económicas y de vivienda son apropiadas para el joven debido a que el padrastro y su madre se preocupan porque no les falte lo necesario. Se perciben inconvenientes de tipo social y de manejo de autoridad debido inicialmente a lo poco recomendable del sector por el peligro que representa de que se involucre con malas compañías de hecho ya lo está. En segundo lugar se nota la falta de autoridad que ejerce la madre en el joven ya que no tiene presente las observaciones que se le hacen. Considero importante realizar un fuerte trabajo con ambos, haciendo énfasis en la adquisición y cimentación de valores, lo mismo que mejorar su convivencia personal, familiar y social"

e. Copia simple de la boleta de libertad No.016 del 12 de mayo de 1999, expedida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas (Risaralda) (Fl.23 C.2).

f. Copia simple de la boleta de internamiento No.0001 del 3 de enero de 2000, expedida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas (Risaralda) (Fl.23 C.2).

g. Copia simple de la ficha de reincidencia del 12 de enero de 2000 del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez (Fl.25 C.2).

h. Copia simple del oficio T 143 donde el municipio de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Departamento de Reeducación y Protección de Menores, informa al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas de fecha 24 de abril de 2000, sobre los hechos ocurridos el 23 de abril de 2000 (Fl.24 C.2):

> *"Me permito informarle que el día 23 de Abril de 2000, se evadieron 4 menores los cuales se encontraban por cuenta de su despacho la lista de los menores es la siguiente:*
>
> *Jonathan Herrera Restrepo Ricardo Andrés Cañaveral*
> *Iván Ramiro Londoño Gutiérrez Rubén Darío Sánchez B.*
>
> *La evasión tuvo lugar a las 8:45 P.M. cuando los menores de la unidad cerrada se amotinaron dañando los candados, arrancando las puertas, y emprendieron la huida en forma masiva, destrozando a su paso las aulas de clases y los archivos. Los menores se encontraban bajo la responsabilidad del Educador de Vivienda JUAN GUILLERMO RAMÍREZ G".*

4.2. Testimoniales

1. Testimonio rendido por el señor JHON EMERSON SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, donde señala:

> *"Él trabajo conmigo, yo trabajaba en panadería, antes de que él lo detuvieran por primera vez él trabajaba en panadería, yo era panadero y él era mi ayudante; a él lo detuvieron y cuando salió libre y yo con la intención de que el muchacho no se fuera a descarriar le dije que siguiéramos trabajando y él me siguió ayudando hasta que lo detuvieron nuevamente y después de eso era que sabía que lo detuvieron en el Marceliano y cuando se fugó, la mamá me dijo que había habido una fuga pero que no sabía nada de Iván, que a ella no le habían informado de la fuga, ellos se pusieron a investigar si él estaba vivo, porque escucharon el rumor que había un muerto en esa fuga y como no sabían si estaba vivo se pusieron a investigar si de pronto era él por medio de unos periódicos, por un tatuaje que el joven tenía, lo reconocieron y tocó buscarlo, lo desenterraron y ya lo habían enterrado en Marsella, lo desenterraron y lo trajimos y lo enterramos en San Camelo, de ahí para acá la vida de esa señora si ha sido algo inexplicable, dramático, ella no ha tenido vida, porque ella dice que es una perdida irremplazable, ella hasta el momento mejor dicho no se ha da al dolor. (…) PREGUNTADO. Sírvase manifestarle al despacho si usted conoció que Iván se dedicaba a otras actividades diferentes a las que laboró con usted. CONTESTO. Yo se que el trabajaba en esas fincas escogiendo café, voleando azadón, fincas de por ahí misma de la vereda, fincas cercanas. PREGUNTADO. Sírvase manifestarle al despacho si usted tiene conocimiento a qué dedicaba o como utilizaba el señor Iván lo que se ganaba en las actividades desarrolladas cuando laboró con usted. CONTESTO. Lo que él me decía era que le daba la mitad a la mamá para ayudarle con os (sic) hermanitos, los servicios, que les colaboraba también a las niñas para el estudio"(Fl.34 y 37 C.2)*

2. Testimonio rendido por la señora MARIA ROSMIRA SÁNCHEZ VALENCIA, quien dijo:

"Esa muerte fue muy dolorosa para esa familia, esa familia vive muy triste por la muerte de ese niño tan querido que trabajaba para ayudarles a ellos y la tristeza de esa familia es terrible, aun todavía cuando le dicen (sic) (sic) misas; esa gente se ve llorando allá en la Iglesia porque para ellos es muy triste que salir el del Marceliano y volarse y ahogarse y a los 8 días la familia apenas darse cuenta que el se había volado de allá. La familia busque, busque y a los 20 días lo encontraron en Marsella y traerlo para acá a Pereira a enterrarlo imagínese ese dolor de esa familia. PREGUNTADA POR EL DESPACHO. A que familia se refiere usted. CONTESTO: A la familia Gutiérrez Acevedo la conforman Norma Liliana, Erika Yisenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez, Jesús Antonio Acevedo. PREGUNTADO: Que relación tenía cada una de estas personas con Iván. CONTESTO: Norman (sic) Liliana, Erika y Ferney eran hermanos. MARIA del Carmen (sic), la mamá y Jesús Antonio era como el papá para él, porque él lo levantó. PREGUNTADA: Conoce usted a Ana Rita Alarcón. CONTESTO: Es la mamá de María del Carmen. PREGUNTADA: Conoce usted a José Jesús, Blanca, María Ceneth y Doralba Gutiérrez Alarcón. CONTESTO: Si los conozco, son hermanos de María del Carmen (…) PREGUNTADA: Cómo era la relación de Iván con Jesús Antonio. CONTESTO: Era como un hijo para él lo se, porque él vio por Iván desde que tenía un año y el (sic) lo quería como el papá. PREGUNTADO: Con quien o quienes vivía Iván antes de ser recluido en el Centro Marceliano Ossa y de su muerte. CONTESTO: Con la mamá, el padrastro y los hermanos. PREGUNTADA: para esa época sabe donde vivían los abuelos y tíos de Iván. CONTESTO: Por ahí mismo en el Barrio Camilo Duque y el tío, José Jesús, en Medellín. SE (sic) que el vive en Medellín porque me lo ha dicho María del Carmen, que el vive en Medellín, no se desde cuando vive él en Medellín. PREGUNTADA: Sabe cómo era la relación que tenia JOSE JESÚS con Iván. CONTESTO: Se querían mucho, lo sé, porque él les ayudaba mucho a ellos José Jesús les ayudaba económicamente, vivía muy pendiente de ellos, lo se, porque a mi me contaba la mamá de Iván. PREGUNTADA: Como era la relación de Iván con su abuela. CONTESTO: Una buena relación siempre quería mucho a su abuelita. PREGUNTADA: Como era la relación de Iván con sus demás tíos. CONTESTO: Buena relación, ha sido una familia muy unida.
(…)
Sírvase manifestarle al despacho que muestra de dolor percibió de su abuela y tios y si aun ese dolor persiste y por qué. CONTESTO: Esa familia con mucho dolor recibió esa noticia, Vivian muy triste (sic) en las navidades que siempre celebraban con mucha alegría, ya con la muerte de él, ya las navidades no eran como antes cuando el muchacho vivía y todavía persiste ese dolor, cuando le hacen misas, esa gente es inconsolable. " (Fls.43 a 45 C.2)

3. Testimonio de CARMEN CONSUELO RENTERIA, quien señaló lo siguiente:

"Para el 23 de abril de 2000 yo estaba trabajando en el Marceliano Ossa, recuerdo la muerte del menor Iván Ramiro Londoño. La hora exacta en que sucedió no la recuerdo pero fue en la noche, esa evasión sucedió mediante amotinamiento, los jóvenes se amotinaron, e hicieron daños a la institución, rompieron rejas, quiero aclarar que yo no estaba a la hora que sucedieron los hechos pero al otro día vimos la destrucción de lo que ellos hicieron al educador para poder evadirse. Realmente la policía que había para ello era muy poca, para controlarlos a todos, ellos reventaron las rejas y con esta le daban a las otras para poderlas abrir. Ya después de eso llamaron a la directora, se habló de la fuga pero yo no llegué a esas horas a la institución, ya todo ese resto de trabajo de la fuga lo hace es la Policía. El educador en ese momento era Juan Guillermo, no recuerdo bien el apellido (…) Yo era la coordinadora de la sección

masculina en esa época. Supe de la muerte del menor mucho después, me di cuenta de su evasión al otro día, al ver en la lista que deja el educador de los menores que se fugaron. Generalmente cuando los menores se evaden lo que uno pregunta primero es cuantos se evadieron. En este momento no recuerdo cuantos se evadieron. No supe por dónde se evadió el menor Iván Ramiro, no sé si fue subiendo un muro o por la puerta. PREGUNTADO: Cómo era, si lo sabe, el comportamiento en el centro de reclusión del menor Iván Ramiro Londoño CONTESTO: La última vez que ingresó, era la segunda, ya su grado de deterioro era mayor, obviamente había aumentado su ansiedad, me refiero para mantenerse en el centro. El muchacho cuando llega por segunda vez a la institución, la gran mayoría llega con el deseo de escapar. No le se decir cuanto tiempo permaneció en ese (sic) segunda vez en la institución, tal vez dos o tres meses, mas o menos. De todas manera (sic) él no era una persona explosiva, aparentaba tranquilidad frente a los educadores, pero chocaba muy por allá abajo. Lo que quiero decir es que chocaba con las normas, por decir algo se hace la formación a las ocho de la mañana y de pronto se decía que los de módulo tal no quisieron salir a formar, cuando yo pregunté quienes estaban en esa habitación que eran solo dos, se me dijo está el "poli", a Iván le decían "El poli". En una oportunidad íbamos a llevar a un taller, la sección de talleres queda en otra parte, fuera del alojamiento de ellos, yo le pregunté que qué taller quería y el m (sic) contestó que lo metiera a cualquiera, yo le respondí no que era él el que tenia que escoger el taller, me dijo cuales hay yo le dije está panadería, zapatería, ebanistería, antes que yo terminara me dijo métame a panadería, yo le dije: "ya vengo por usted", alguien de atrás de los muchachos duro respondió doña Carmen ese man se quiere volar. Yo me devolví y le dije: Iván yo misma lo voy a llevar al taller a ver si se va a escapar, y me dijo "yo no me voy a escapar doña Carmen". Ya cuando lo llevaba él en su ropa llevaba dos pantalones, entonces uno de los muchachos me dijo revíselo que lleva dos pantalones y el me respondió que era para quitárselo en el taller y no ensuciarse el que llevaba abajo, yo le dije "como así", y lo devolví a la unidad y le dije cuando se le baje el grado de ansiedad retomamos esta conversación. (…) PREGUNTADO: Qué medidas de vigilancia o seguridad existían en el centro para la época en que se dio la evasión. CONTESTO: Ninguna. Lo que pasa es que el mismo Código del Menor prohíbe medidas de seguridad extremas en los centros de reeducación, porque conozco muchos centros de reeducación y se porque conozco el Código que no se puede tener los policías dentro de las unidades porque eso le genera agresividad al menor. No recuerdo un artículo del Código que regule lo que he dicho. Es la modalidad de educador de vivienda que haga las veces de padre, que el menor se sienta en una (sic) ambiente familiar. El era visitado por la mamá en semana porque ella no podía los domingos que era el día de visita porque estaba trabajando y sólo le quedaba libre un día en semana y se le permitía a ella visitarlo ese día. A la mamá se le había estipulado el día miércoles para las visitas que era el día que le daban en el restaurante donde trabajaba, pero a veces no podía ir y me llamaba y me decía que no podía ir, en oportunidades iba cada ocho o cada quince días. El día de la evasión había vigilancia policial, eran como dos los que se quedaban en la noche y una femenina. Pero quiero repetir que ellos no prestaban vigilancia en las unidades, de ordinario estaban por fuera de las unidades, o sea, al que le tocaba enfrentarse solo a los muchachos era a un educador de vivienda. Como era de noche los muchachos de (sic) la jugaron porque esperaron que todo estuviera como calmado, lo que me contaron que recuerdo y vagamente es que no sé si fue que saquearon, o si pe (sic) pidieron a Juan Guillermo que los sacara al baño a uno de ellos y ahí lo tomaron a él, no me acuerdo bien de esa parte. Realmente la forma como empezaron el motín no la recuerdo. De esto me di cuenta al leer el informe del educador. Quiero aclarar que fueron tantos motines que puedo estarlos confundiendo. Ellos utilizaban

muchas modalidades para agredir al educador. Ellos siempre trataban de tomar al educador de rehén cuando iniciaban las fugas. (…) PREGUNTADO: Teniendo en cuenta su contacto persona (sic) con el joven Iván y su conocimiento sicologico (sic) informe si para la época de los hechos él tenía pleno conocimiento que una (sic) (sic) actuación de evasión era correcta o incorrecta CONTESTO: Claro, él sabía que era incorrecto evadirse del centro de reeducación y sabia a que atenerse. Lo digo porque generalmente el clamor es "si me evado me pierdo", esa frase significa me voy a Pereira por unos días hasta que se calme la búsqueda. PREGUNTADO: Teniendo en cuentas (sic) condiciones de control y vigilancia que aplicarse en un centro de reeducación, informe si al inicio de una evasión los educadores de vivían podía (sic) evitarla tomando medida como de aprehensión, encerrarlos, esposarlos. CONTESTO: No, los educadores no se pueden enfrentar a los menores, no pueden tener ningún contacto físico porque eso se cataloga para el educador como maltrato al menor. Eso está reglamentado en el Código del Menor. Si un muchacho después que se enfrenta al educador y de pronto hay roce, yo diría que el podría ser demandado por los padres del menor. Quiero aclarar que son muchos menores para un solo educador, en ese momento no se si eran veinte o veintidós por educador. Lo ideal es que en la noche se quedaran siquiera dos o tres, me baso para decirlo en el grado de comportamiento que manejan los jóvenes que llegan al centro. No conozco norma o estudio que enseñe esa proporción, es opinión personal. PREGUNTADO: Informe con base en sus experiencia (sic) en trabajos en centros de reeducación si puede considerarse que el centro Marceliano Ossa cumple adecuadamente su función reeducativa incluyendo su función de garantizar bienestar y seguridad a los menores. CONTESTO: Si se cumple la parte reeducativa pero la de seguridad no, porque en la parte de reeducación están dadas las condiciones para que se cumpla un proceso reeducativo del joven (…) Digo que en la parte de seguridad no, porque en el Marceliano las evasiones son a diario. Aclaro que cuando dije a diario exagere pues pues (sic) no es que no haya vigilancia en la institución porque si la hay, no se puede negar la presencia de los agentes de la Policía, ellos están ahí, están los policías, los educadores de vivienda cumpliendo esta parte de vigilancia, solo que el muchacho busca oportunidades para evadirse pero que la vigilancia la hay. (…) PREGUNTADO: Diga si en esos informes de comportamiento a que hace alusión usted manifestó o puso en conocimiento la intención del menor Iván Ramiro de evadirse y a quien lo reportó CONTESTO: No lo reporté, lo hablé con el joven porque como dije anteriormente, el no hizo ningún ademan de salir corriendo, simplemente eran cosas que me habían dicho los mismos compañeros de la unidad, y porque tenía dos pantalones y esa era una de las modalidades que ellos estaban (sic) (sic) para evadirse. (…) PREGUNTADO: Diga si esos talleres donde permanecen todas las herramientas que utilizan los menores en el centro Marceliano Ossa se mantienen bajo llave o como es su tenencia CONTESTO: Las herramientas están en los talleres y estos permanecen cerrados, cuando el menor no está trabajando en el taller, y cuando los menores entran a los talleres se cierra la puerta. Quiero aclarar que aún así ellos se sacan algunas herramientas (…) PREGUNTADO: Usted manifestó que los educadores de vivienda son insuficientes para los menores recluidos en dicha institución, usted ha recomendado a sus superiores que se requerían para la vigilancia CONTESTO: No es que sean insuficientes, es que en las horas de la noche en vista de que los menores están en sus habitaciones se requiere un solo educador par (sic) que vigile la unidad en compañía de los policías que están en la parte de afuera." (Fls.48 a 53 C.2) (Subrayado fuera de texto)

4. Testimonio de Juan Guillermo Ramírez Giraldo, quien dijo:

"Conocía a Iván Ramiro Londoño, me di cuenta de los hechos que sucedieron en el Centro Marceliano Ossa el día 23 de abril de 2000, porque yo laboraba como educador de vivienda en esa unidad esa noche. Los menores de cerrada tenían medida de cerrada, es donde se coloca a los menores que no admiten ningún proceso reeducativo o que están catalogados como menores problemáticos o que el juez da la medida que debe ser cerrada, o sea, no era como los menores de las otras unidades, su manejo era diferente, me entregaron los menores dentro de los módulos entre las seis y las seis y media de la tarde. Un menor no se podía sacar de los módulos en donde estuvieran a excepción de algo que tuviera que ver con la integridad del menor, si eso se fuera a realizar tanto la entrada mía a la unidad para revisar candados y barras o sacar un menor tenia que ser bajo la vigilancia de los agentes de policía de turno, yo no podía entrar solo. Hacíamos rondas continuas, pero aproximadamente en la de las ocho de la noche entré a la unidad, le entregué las llaves a uno de los agentes de policía y él cerró el candado, o sea, que yo quedé adentro y los agente (sic) afuera, me paré en el centro del patio que hay allí y observé que el modulo catorce se encontraba abierto; una agente de policía, no recuerdo el nombre, me gritó que me saliera de la unidad porque los menores se encontraban fuera de los módulos, alcance a salir de la unidad porque el agente me abrió, cuando en ese momento salieron ya los menores que estaban por fuera de las unidades cerca de quince o dieciséis menores, inmediatamente se llamó a los refuerzo (sic) de la policía de Combia, pero los menores ya había (sic) zafado una de las rejas de uno de los módulos. Para entrar a la unidad hay dos puertas, en el medio de esa (sic) dos puertas queda la habitación del docente, ellos tumbaron la primera puerta de adentro para afuera y saquearon la habitación de los docentes, quemaron las pertenencias, colchones, cobijas de ellos, arrancaron el cielorraso que es de madera, dañaron los lavamanos y los sanitarios e hicieron armas cortopunzantes (sic) con todo lo que encontraron, arrancaron prácticamente una puerta metálica soldada en todas sus partes, estaba sellada, que daba a uno de los salones de clases y destruyeron todo lo que encontraron allí y lo quemaron, esa puerta y la que daba a los pasillos de afuera fue tumbada con la misma reja que habían arrancado, como en la época de los romanos cogían varios y le pegaban. Llegaron los refuerzos de la policía de Pereira también, los menores empezaron a hacer escalera humanas (sic) para subir un menor al techo para lanzarles las cobijas atadas que habían hecho para escalar los muros. Uno de los comandantes de la policía que llegó planteó la idea de lanzar gases lacrimógenos y desde Pereira la orden fue que no se podía atentar contra la parte física de ninguno de los menores inclusive pasaban por el techo al lado de los agentes de policía, armados los menores y la orden era no lastimarlos, no se podía coger, porque había que utilizar la fuerza para detenerlos, los agentes agente (sic) no lo hacían por miedo a una destitución, por utilizar una fuerza excesiva sobre un menor armado. Se volaron todos los de la unidad, alrededor de cuarenta menores en horas de la noche, eso serian como las diez y media de la noche. Exactamente yo no vi la participación de Iván Ramiro, porque los muchachos se colocan camisetas en la cara para cubrir el rostro y no ser identificados en los daños, además, es una muchedumbre enardecida donde uno no alcanza a darse cuenta que hizo cada uno, es un hecho colectivo. Iván Ramiro se fugó en esos hechos. Yo me quedé y empezamos a apagar el fuego, llegaron los bomberos, eran tantas las llamas que el cielo se puso rojo. Empezamos a apagar el fuego con los bomberos y a recoger los escombros, el incendio lo causaron los menores. PREGUNTADO: Cuántas personas, incluido usted, estaban en el centro, atendiendo a los controles respectivos el día de los hechos. CONTESTO: éramos cuatro docentes de vivienda en ese momento, no recuerdo sus nombres porque en el tiempo que estuve en el Marceliano Ossa me

realizaron cinco motines de esa magnitud y tres agentes de policía, entre ellos, la agente Clemencia que era la comandante de ahí. (…) PREGUNTADO: Diga si Iván Ramiro, antes de lo que se dio el 23 de abril de 2000, intentó evadirse del Marceliano Ossa. CONTESTO: No lo sorprendí en intentos de evadirse pero el menor tenía medida de cerrada, donde los menores estaban catalogados de alta peligrosidad. El informe que yo hice por los hechos se lo pasé a la (sic) coordinadores ya ellos en la parte administrativa no se que trámite le dieron, pero si se que en Personería cuando fui a declarar había una copia. En ese informe dije los hechos narrados anteriormente anexando también la entrega del turno que consiste de la cantidad de menores que hay en la unidad y el estado físico en que se encontraba cada uno de ellos PREGUNTADO: Qué medidas de seguridad existían en el Centro para la época en que se dio la evasión CONTESTO: Era en la parte física pues un muro aproximadamente de unos ocho o nueve metros de altura, los menores lo alcanzaron, la reja que rodea las dos instituciones tanto el Lázaro Nicholl, que es el centro de reeducación para las menores, como el Marceliano Ossa, que lo es para los niños, que de aproximadamente de tres metros de altura que es fácil para los menores brincarla, también fue sobrepasado por ellos ese día y los agentes de policía de turno que esa noche eran tres. (…) PREGUNTADO: En respuesta anterior indicó que recibió los módulos con los candados debidamente asegurados, explique cómo fue posible abrir la puerta de los módulos por parte de los menores. CONTESTO: Yo no presencié el momento en que ellos abrieron los candados. Se hizo una nueva investigación posterior en la que se estableció como se dio el hecho. Con los menores recapturados a los días siguientes al motín, se pudo establecer que le metieron una toalla al candado en el módulo catorce, y de un golpe seco por parte de uno de los menores halaron la toalla y reventaron el candado, en ellos el pin salía muy poco a abrazar el candado. Era viable según lo que yo observe que se pudiera meter una toalla allí al arco del candado. El pin viene así de fabricación. PREGUNTADO: El candado del módulo en que se encontraba el joven Iván también fue objeto de fuerza para abrirlo esa noche CONTESTO: La reja fue tumbada como tumbaron las demás puertas. (…) PREGUNTADO: En respuestas anteriores usted indicó que el momento del motín además de todo el personal de la institución llegaron refuerzos de policía de Combia y de Pereira, porque razón este personal de vigilancia no puso (sic) evitar la evasión. CONTESTO: Los refuerzos llegaron cuando los menores ya estaban enardecidos quemando todo, es decir, no se habían evadido todavía. La tardanza de los agentes de policía de Combia y la institución, que son diez minutos en carro en horas de la noche, creo que por las medias (sic) de seguridad del país la oscuridad se presta para ese tipo de sitio un ataque de pronto guerrillero; no podría determinar cuántos agentes llegaron, mas o menor por todos cincuenta o sesenta. (…) PREGUNTADO: Manifestó usted su atención a varios motines antes de la fuga de Iván, hizo usted algunas recomendaciones a sus superiores tendientes a corregir dichas fallas CONTESTO: Yo rendí informes de las fugas, mi labor allí no era de policía de seguridad, mi labor es ser docente y en este caso específico docente de acompañamiento. En los motines anteriores también se alcanzaron a fugar menores. En esos motines se utilizaron métodos diferentes, con un clic de papel llegaron a abrir candados, inclusive llegaron a saquear las barras de los módulos y pegarlas con jabón para en el momento adecuado fugarse, normalmente agarran como rehén al docente, intimidándolo con armas, llegando incluso a chuzar al docente. PREGUNTADO: Tuvo conocimiento usted que se hubiesen tomado medias (sic) nuevas de seguridad y vigilancia después de haber puesto en conocimiento de sus superiores los hechos de los motines, registrados antes del 23 de abril de 2000. CONTESTO: Si se tomaban en cada motín nuevos mecanismos d (sic) seguridad pero las instituciones como Bienestar Familiar, defensoría del Pueblo, Derechos

Humanos tiraban al piso este tipo de medidas de seguridad porque según ellos atentaban contra el menor de edad no importara que estuviera de por medio la vida del educador. Como lo manifestó una vez el defensor del pueblo de esa época a una agresión física realizada a una docente, dijo que éramos personas adultas y que sabíamos el riesgo." (Fls.54 a 60 C.2)

5. Imputación de responsabilidad.

5.1 Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización"[21] de la responsabilidad del Estado[22] y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados[23] y de su patrimonio[24], sin distinguir su condición, situación e interés[25]. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en

---

[21] En la jurisprudencia constitucional se indica: "*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*". Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

[22] La *"responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización"*. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política *"consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos".* Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

[23] Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos *"son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado".* ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La *"responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder".* MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

[24] *"La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos"*. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

[25] La *"razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal".* Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

detrimento de ellos"[26]. Como bien se sostiene en la doctrina, la *"responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad[27]; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"*[28].

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado[29] tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública[30] tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo[31], argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar

---

[26] RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. "Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais", en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. "Le régimen et le fondement de la responsabilité de la puissance publique", en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

[27] *"La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos"*. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

[28] MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.120-121.

[29] *"3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado".* Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

[30] Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *"los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado".* Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues *"menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, 'la imputatio juris' además de la 'imputatio facti'"*. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *"En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura "siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público".* Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

[31] *"Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado".* MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012[32] y de 23 de agosto de 2012[33].

En cuanto a la imputación, exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica[34], en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio -simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la "superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"[35].

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad[36], según el cual, la reparación del daño antijurídico cabe atribuirse al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución

---

[32] Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente: 21515. MP: Hernán Andrade Rincón.
[33] Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente: 23492. MP: Hernán Andrade Rincón.
[34] *"La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos".* SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.
[35] Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.
[36] En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: *"Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)".* KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *"La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública".* Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

jurídica[37]. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de *las "estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas"*[38].

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por los criterios de la imputación objetiva que *"parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"*[39]. Siendo esto así, los criterios de imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrecen estos criterios, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de "cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"[40].

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de "*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"*[41]. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no[42]. Es más, se

---

[37] El *"otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados"*. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

[38] *"Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas"*. MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.urg.es/recpc], p.6 y 7.

[39] *"El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre"*. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, p.77 ss.

[40] MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

[41] LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIR PUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

[42] JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: *"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (…) No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado*

sostiene doctrinalmente *"que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"*[43].

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad[44] es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación[45] que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: *"Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"*[46].

---

objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

[43] MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

[44] *"El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (…) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación"* (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

[45] *"La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero"*. ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

[46] ALEXY, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación*: "… la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación* –afirma Habermas- *los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos"*. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: *"… no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado".*

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección[47] frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible[48]. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”[49].

Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

[47] Deberes de protección que es *“una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”.* CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

[48] Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt.Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (i977). Págs 1 y ss.

[49] “*En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la*

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre la posición de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante"[50].

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal[51], teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a "una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (…) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de

---

estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil.Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage.Walter de Gruyter.Berlin.New York. 1993.Pags. 796 y ss)". Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la "posición de garantía" debe modularse: *"(…) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas"*. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

[50] Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

[51] *"La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los interese generales".* LEGUINA VILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

riesgos especiales"[52], y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho[53].

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado[54], sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede aplicar la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos[55], que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no aplicarse la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si se acogen los criterios del riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

> *"(…) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo*

---

[52] MIR PUIGPELAT, ob., cit., p.204.

[53] *"el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho".* MARTÍN REBOLLO, ob., cit., p.308.

[54] Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

[55] Merkl ya lo señaló: *"El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino condijo per quam de la administración".* MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: *"Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración".* MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones"., ob., cit., p.311.

contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas -a manera de recetario- un específico título de imputación"[56].

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo[57] que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5.2. Régimen de responsabilidad de los centros de reeducación y resocialización de menores por incumplimiento de los deberes de custodia, seguridad y vigilancia.

Las instituciones que tienen a su cargo menores infractores de la ley, tienen el deber de cumplir con las obligaciones de custodia, seguridad y vigilancia, garantizando de esta manera que el niño (a) o adolescente, logre reeducarse y resocializarse para así reintegrarse a la sociedad y cumpla a cabalidad los deberes que se le imponen en los diferentes ámbitos de la vida social, infringir esto significa contrariar el ordenamiento jurídico colombiano y habrá lugar a reparar los daños que se causen a los ciudadanos con dicho comportamiento.

En este orden de ideas, es precisamente dentro del marco constitucional y legal que se encaja el deber de vigilancia[58] y custodia[59] de los establecimientos educativos y la

---

[56] *"En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado".* Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515 y 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

[57] *"En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente".* PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo *"(…) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa»".* MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

[58] "Cuando un alumno causa un daño a otro o a un tercero, e igualmente cuando se lesiona a sí mismo, ¿qué culpa cabe reprocharle al maestro? Una falta de vigilancia (…) En el curso de los juegos ocurren muchos accidentes; los

posición de garante que ostentan estos respecto de los alumnos a su cargo, sobre el deber de custodia, ha dicho la Sala[60]:

> *"El artículo 2347 del Código Civil, establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".*
>
> *Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso."*
>
> *(…)*
>
> *El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.*
>
> *Sobre este tema, la doctrina ha dicho:*
>
> *"Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo"[61].*

---

tribunales eximen a los maestros cuando el acto del discípulo ha sido demasiado rápido para que pudiera intervenir el profesor; desde luego, el maestro será culpable si deja que los niños se entreguen a juegos peligrosos o brutales (…) el alumno se encuentra bajo la vigilancia del maestro desde el instante en que se le permite entrar en el local donde se da la enseñanza hasta el momento en que sale regularmente del mismo". MAZEAUD, Henri y León; MAZEAUD, Jean. Lecciones de derecho civil. Parte segunda. V.II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pp.201 y 202.

[59] "La inobservancia del anotado deber de custodia y cuidado por parte del personal a cargo del establecimiento educativo, en la medida en que supone el desconocimiento del contenido obligacional a cargo de éste, constituye una falla en el servicio. Ahora bien, en cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se infringe a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía". Sección Tercera, sentencia de 23 de junio de 2010, expediente 18468.

[60] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Expediente 14.869. M.P.: Nora Cecilia Gómez Molina. Además, pueden verse entre otras, expedientes 18952, 14869, 14144, 16620 y 17732.

[61] MAZEAUD TUNC. *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.

Agréguese a lo dicho que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta para que se adopten las medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga.

Este deber encuentra su fundamento en la protección que debe brindarse al alumno, no sólo respecto de los daños que éste pueda causarse a sí mismo, sino también de los que pueda ocasionar a los demás.

El centro educativo se erige en garante y adquiere la obligación de responder por los actos del educando que pudieran lesionar derechos propios o ajenos, es decir, que la obligación de cuidado de los maestros con respecto a los alumnos origina responsabilidad de los centros educativos y de los mismos maestros por cualquier daño que los alumnos puedan llegar a causar o sufrir, aunque aquellos pueden exonerarse de responsabilidad si demuestran que actuaron con absoluta diligencia o que el hecho se produjo por fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima.

(…)

Debe advertirse que el deber de vigilancia de los centros educativos por los daños que causen o puedan sufrir los alumnos, es inversamente proporcional a su edad o capacidad de discernimiento, es decir, es mayor frente a alumnos menores o con limitaciones físicas o sicológicas, pero será más moderado en relación con alumnos mayores de edad. Es decir, aunque los centros educativos mantienen el deber de seguridad y cuidado sobre todos los alumnos, es claro que entre más avanzada sea la edad de los mismos, mayor libertad de decisión deberá concedérseles y por lo tanto, el deber de vigilancia se mantendrá para advertirles del peligro, prohibirles el ejercicio de actividades que puedan representarles riesgos y rodearlos de todas las medidas de seguridad aconsejables.

(…)

En oportunidades anteriores, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extreman las medidas de seguridad para evitar el peligro que éstos puedan sufrir. No obstante, en esas decisiones se ha reconocido que, inclusive en relación con alumnos menores de edad hay lugar a analizar si su conducta contribuyó igualmente a la realización del daño, para disminuir el valor de la indemnización". (Resaltado por fuera de texto)[62].

Ahora bien, frente al deber de vigilancia que tienen las instituciones reeducadoras y resocializadoras de menores infractores, la Sala reitera la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido esta Corporación, en sentencia del 7 de febrero de 2010 en la cual señaló:

---

[62] Véase entre otras, sentencias del Consejo de Estado, Exp. 20.144 de 19 de agosto de 2011 y Exp. 20.201 de 15 de febrero de 2012.

"En efecto, ***los principios constitucionales contenidos en esas disposiciones no pueden ser ajenos al escenario de la responsabilidad extracontractual del Estado, más aún cuando el daño tiene su génesis al interior de una institución técnica encargada de suministrar los servicios de rehabilitación y resocialización de los adolescentes infractores de la ley penal, razón por la cual se encuentra vinculada por la protección reforzada referida, así como por el principio del interés superior del niño***[63]*, es decir, que* ***al margen de que se trate de un menor infractor el Estado está en la obligación de suministrarle todos los medios necesarios para obtener una efectiva reeducación y resocialización, sin que ese procedimiento signifique la posibilidad de sacrificar el postulado de dignidad humana de que goza el adolescente,*** *razón por la que no puede ser sometido a tratos crueles o degradantes, así como a sanciones o penas que desconozcan la finalidad del instrumento de protección, en este caso, el manejo terapéutico del menor contraventor de la legislación penal.*

(…) Ahora bien, el anterior planteamiento, esto es, aquél según el cual es posible que en este tipo de escenarios opere una causal excluyente de la imputación, no tiene asidero ***cuando quien se encuentra recluido es un menor cobijado por una medida de protección en establecimiento especializado cerrado. Es decir, en estos supuestos al margen de que el daño haya sido producto del hecho determinante y exclusivo de un tercero o de la víctima, esa circunstancia no genera por sí misma la exoneración de responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que en este tipo de situaciones el Estado es el que impone la medida y define el centro de resocialización en el que se produce la internación del menor****…* ***"***[64]

(Negrilla y subrayado propios)

Finalmente, las obligaciones del centro de reeducación inician desde el momento en que el menor ingresa a las instalaciones del mismo por orden de autoridad competente y finalizan en el momento en que egresa de la institución previa decisión judicial, teniendo en cuenta que los deberes no sólo se circunscriben a garantizar la seguridad del joven dentro de la institución, sino también a vigilar el proceso de reeducación y resocialización, lo cual permite afirmar que se cumplió íntegramente con los compromisos adquiridos por parte del Estado con la sociedad y los familiares del joven infractor a través de este tipo de instituciones.

5.3. Régimen legal de protección de los menores en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

---

[63] La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, determina: "Artículo 1: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. "Artículo 3. "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. "2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas."

[64] Exp. 38382. C.P: Enrique Gil Botero.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que los niños y niñas gozan de los mismos derechos que los demás seres humanos, pero su protección es prevalente en relación con el restante conglomerado social y cobija al infante desde el momento de su concepción hasta que adquiere la mayoría de edad.

La especial protección de que son sujeto los niños, las niñas y los adolescentes tiene rango constitución por cuanto la carta magna de Colombia señala que deben ser **protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos[65].**
Igualmente establece que los adolescentes tienen derecho a una protección y formación integral, estableciendo como deber del Estado y la sociedad garantizar la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo su protección, educación y progreso[66].

Así mismo, el Código del Menor vigente para la época de los hechos[67], señala que todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción, razón por la cual cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asume el Estado con criterio de subsidiaridad[68].

De igual modo, consagra que todo menor tiene derecho a recibir la educación necesaria para su formación integral, artículo 7:

> *"Esta será obligatoria hasta el noveno grado de educación básica y gratuita cuando sea prestada por el Estado. La educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad y las facultades del menor, con el fin de prepararlo para una vida adulta activa, inculcándole el respeto por los derechos humanos, los valores culturales propios y el cuidado del medio ambiente natural, con espíritu de paz, tolerancia y solidaridad, sin perjuicio de la libertad de enseñanza establecida en la Constitución Política."*

---

[65] Artículo 44. Constitución Política de Colombia 1991. "*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.*
Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.
Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".
[66] Artículo 45 de la Constitución Política de Colombia.
[67] Decreto 2737 de 1989
[68] Artículo 3 Código del Menor.

Por su parte, la Ley 375 de 1997 “Por la cual se crea la Ley de la juventud y se dictan otras disposiciones”, señala que es un deber promover la formación integral del joven para contribuir a su desarrollo físico, sicólogo, social y espiritual, así mismo, se debe propender por su vinculación y participación activa en la vida nacional, en lo social, lo económico y lo político como joven y ciudadano, para que de esta manera participen en el progreso del país[69].

Igualmente, la norma en su artículo 6º consagra que *“El Estado dará trato especial y preferente a los jóvenes que se encuentren en circunstancias de debilidad y vulnerabilidad manifiesta, con el fin de crear condiciones de igualdad real y efectiva para todos. Con tal propósito desarrollará programas que creen condiciones de vida digna para los jóvenes especialmente para los que viven en condiciones de extrema pobreza, centros urbanos, las comunidades afrocolombianas, indígenas y raizales e indigentes y para quienes se encuentren afectados por alguna discapacidad”*.

Así las cosas, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano todo niño, niña o adolescente tienen derecho a crecer en el seno de una familia para que de esta manera se le brinden los elementos necesarios para una formación integral, circunstancia que obliga al Estado a fomentar por todos los medios necesarios la estabilidad y el bienestar de la familia, ya que como se señaló, en ausencia de esta, es el Estado quien debe asumir tal obligación. En desarrollo de este principio, es que el menor no debe ser separado de su familia, salvo especiales circunstancias definidas por la ley y con el fin único de protegerlo[70].

Dando aplicación a estos derechos, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los menores como sujetos de especial protección en innumerables providencias, en los siguientes términos:

> *“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma*

[69] Artículo 2º Ley 375 de 1997.
[70] Decreto 2737 de 1989. Artículo 6.

básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales."[71]

5.4. La observancia del control de convencionalidad y el deber de protección de los menores en el Derecho convencional.

Ahora bien, pese a la descripción del anterior marco normativo interno, la Sala considera que la garantía de los derechos que aquí se discuten, esto es, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y las obligaciones o deberes que conciernen a las autoridades frente a tales derechos, no puede limitarse a un análisis meramente legal o constitucional, sino que debe escalar al orden normativo y jurisprudencial convencional que permita proyectar la actividad de la entidad demandada dentro de los máximos estándares de protección para garantizar una adecuada y oportuna protección de los derechos de las víctimas[72].

Así pues, el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el "*control difuso de convencionalidad"*, cuyo destinatario es todo juez nacional quien tiene el deber de "*realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*[73]. Si bien como construcción jurídica el control de convencionalidad se hace radicar en su origen en la sentencia del *"caso Almonacid Arellano y otros vs Chile"*[74], lo cierto es que desde antes del 2002[75], e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte

---

[71] Sentencia T 260 de 2012.

[72]Ver la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas, sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

[73] "Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". FERRER MAcGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

[74] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

[75] "[…] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)". SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus

Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado[76], aunque en su formulación inicial señalaba que sólo tenía a los jueces como aquellos que debían ejercerlo. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el *"caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile"*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, llegándo a afirmar que representa una obligación en cabeza del poder judicial, ya que "cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma[77] y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella"[78] [subrayado fuera de texto].

Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una "interpretación convencional", de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no "compatibles", o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario[79]. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales, se comprende por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

---

anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

[76] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: "El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana".

[77] "[…] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente". CARBONELL, Miguel, "Introducción general al control de convencionalidad", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

[78] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

[79] "[…] Se trata de un estándar "mínimo" creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del "bloque de constitucionalidad/convencionalidad" otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales". FERRER MAcGREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf; consultado el 9 de febrero de 2014].

> *"[…] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"*[80].

Luego de surgir este mecanismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo fue matizando. En ese sentido, en el "*caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*[81], se agregó que dicho control de convencionalidad procede *"ex officio"* pero *"en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones competentes"*. Así mismo, se consideró como función que *"no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones"*[82].

Si bien en su configuración inicial el control de convencionalidad puede reducirse a la confrontación de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, en su voto razonado el juez García Ramirez, a la sentencia del "*caso Trabajadores cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú*", consideró que

---

[80] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: "Si observamos los alcances del "control difuso de convencionalidad", podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de "bloque de constitucionalidad" derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformar que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un "deber" de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un "bloque de convencionalidad" para establecer "estándares" en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional". ". FERRER MAcGREGOR, Eduardo. "El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional", en [http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf; consultado 9 de febrero de 2014].

[81] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

[82] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

debía proceder dicho control respecto a *"todo el corpus iuris convencional de los derechos humanos"*[83].

El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida cuestionada en el derecho comunitario europeo, en el que se planteó la denominada doctrina "*Simmenthal". Se trata del caso "Administration des finances italiennes c. Simmenthal"*, sentencia del 9 de marzo de 1978 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el que consideró:

> *"[…] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional"*[84]

En tanto que en el derecho europeo de los derechos humanos, se encuentra que la Corte Europea de Derechos Humanos ha venido aplicando el control de convencionalidad, operándolo tanto frente Constituciones, como respecto de leyes de los Estados miembros de la Convención Europea de Derechos Humanos. En ese sentido se puede citar los siguientes casos: a) Partie communiste unifié de Turquie, sentencia de 20 de noviembre de 1998; b) caso Zielinski et Pradal et Gonzalez et

---

[83] En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad se viene consolidando como puede verse: a) caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, donde el control implicó determinar que las leyes de autoamnistía eran incompatibles con la Convención [párrafo 173]; b) caso Boyce y otros vs Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, en la que encontró incompatible la "cláusula de exclusión" consagrada en el artículo 26 de la Constitutión de Barbados, que impedía la impugnación de leyes vigentes, previas a la Constitución [párrafo 78]; c) caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, en la que sostuvo que "cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos" [párrafo 180]; d) las Resoluciones de supervisión de 9 de mayo de 2008 en los casos Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala, el control se dirigió a la exigencia al Congreso y al Judicial de no ejecutar a ningún condenado hasta que no se adoptara un decreto que consagrara el indulto; e) caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009, donde el control se centra en cuanto a las interpretaciones constitucionales y legislativas relacionadas con los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar, las que debe estar conforme con los principios de la jurisprudencia interamericana de derechos humanos, llegando, incluso, a exigir a los jueces nacionales dejar de aplicar una norma del Código de Justicia Militar.

[84] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso "administration des finannces italinennes c. Simmenthal, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

autres, sentencia de 28 de octubre de 1999[85]; c) caso Open Door y Dublin Well Woman[86]

Como puede observarse, el control de convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a sólo el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado desde hace más de tres décadas, lo que implica que su maduración está llamada a producirse en el marco del juez nacional colombiano.

Entonces, el control de convencionalidad conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26[87] y 27[88] de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos, que como se ha dicho, en tratándose de menores de edad obtienen una especial y prevalente protección, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, lo que a su vez conlleva la materialización de la máxima según la cual "*lo relevante es el administrado y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencionalmente reconocidos, y de los derechos humanos*"[89].

Así las cosas, la decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de *"ius cogens,* de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad[90], a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se

---

[85] Puede verse en: SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.
[86] Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.
[87] "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
[88] El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.
[89] SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Convencionalidad y Derecho Administrativo – Interacciones sistemáticas en el Estado Social de Derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes. Articulo pendiente de publicación Universidad Externado de Colombia.
[90] Ibídem.

trata de sujetos de especial protección como sucede en el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala. Lo anterior en atención al bloque internacional de legalidad como parámetro directo de validez de la actuación u operación administrativa.

Ahora bien, para configurar el bloque internacional de legalidad dentro del caso en concreto la Sala considera citar la normatividad aplicable a la materia.

Así las cosas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos[91] en el acápite destinado a los derechos civiles y políticos consagra que "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento"[92]. Así mismo, en el artículo 19 consagró que *"todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proferido en el seno de la Organización de las Naciones Unidas[93] en el año 1966, consagra frente a los derechos de los menores que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado[94].

La Convención sobre los Derechos del Niño[95] establece que los menores que sean privados de permanecer en su núcleo familiar de manera permanente o temporal, tienen derecho a la protección y asistencia especial del Estado, a través de *"la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico"* [96] .

Igualmente señala, que los Estados deben reconocer los derechos de los niños que han sido internados por parte de las autoridades competentes en un establecimiento especializado para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o

---

[91] Aprobado por el Congreso Colombiano por medio de la Ley 16 de 1972.
[92] Artículo 5 numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
[93] Adoptado por Colombia por medio de la Ley 74 de 1968.
[94] Artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
[95] Adoptada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991.
[96] Artículo 20. Convención sobre los Derechos del Niño.

mental a un examen periódico del procedimiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación[97].

Así mismo, se establece la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas, así como impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias[98].

Por otro lado, en aquellos casos en que un menor se vea involucrado en la comisión de un ilícito y la autoridad competente decrete que debe ser privado de su libertad, la convención señala que esta se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como último recurso y durante el período más breve que proceda. Teniendo en cuenta que todo niño privado de la libertad debe ser tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad, para lo cual se deben respetar los siguientes parámetros[99-100]:

---

[97] Artículo 25. Convención sobre los Derechos del Niño.
[98] Artículo 33. Convención sobre los Derechos del Niño.
[99] Artículo 33. Convención sobre los Derechos del Niño.
[100] Artículo 40. Convención sobre los Derechos del Niño: "*1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.*
2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:
a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;
iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

a. Los menores deben estar separados de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, que tienen derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales, y

b. Tienen derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de que es objeto ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

En desarrollo de los postulados anteriormente señalados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a través del informe titulado "El Derecho del Niño y la Niña a la Familia" del año 2013, puso de presente que en aquellos casos en que las medidas especiales de protección que se tomen por parte del Estado se afecte el derecho a la familia de los menores, se deben atender los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad, ya que tales medidas necesitan estar orientadas a la preservación y restitución de los derechos de los niños, especialmente aquellos relacionados con el núcleo familiar, buscando promover en todo momento la superación de aquellas circunstancias familiares que hayan originado la imposición de la medida. Lo anterior, genera la obligación de realizar una revisión periódica para determinar los avances que se han logrado desde que se impuso la medida de protección, para poder determinar si esta responde al interés superior del menor, para lo cual se debe contar con un equipo interdisciplinario, especializado y capacitado para ello[101].

---

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:
a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.
4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción".

[101] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "El Derecho del Niño y la Niña a la Familia". Octubre 17 de 2013. Pág. 67. ***"El objetivo de preservación y restitución de derechos.***
143. Las medidas que supongan una afectación del derecho a la familia, deben respetar los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad. Estas medidas especiales de protección tienen una naturaleza temporal y deben estar destinadas a la preservación y restitución de los derechos del niño, incluido el derecho a la familia. El objetivo de preservación y restitución de derechos y el interés superior del niño deben guiar la regulación de las diversas modalidades de medidas especiales de protección, así como su contenido, aplicación y revisión. Por consiguiente, las medidas especiales de protección deben estar orientadas a proporcionar la protección, seguridad y bienestar que

Ahora bien, frente al principio del interés superior del menor[102] la CIDH ha señalado que de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño todas las medidas que

---

el niño necesite a la vez que deben buscar, desde el primer momento, el restablecimiento de todos sus derechos, incluido el derecho a la familia y a la vida familiar, además de promover la superación de las circunstancias familiares que hayan originado la adopción de la medida especial de protección.

144. La determinación y la aplicación de la medida especial de protección que mejor responda al interés superior del niño debe realizarse tomando en consideración de forma individualizada las circunstancias y condiciones que envuelven al niño y a su familia, así como la afectación que éstas tienen en su bienestar y sus derechos. Por ello, el análisis de estas circunstancias y de las necesidades de protección del niño deben contar con la intervención de profesionales con la formación y la experiencia adecuada para poder identificar los aspectos que generan en cada caso la desprotección para el niño, las necesidades de apoyo que de ello se derivan para la familia y el niño, y el curso de acción que responda del mejor modo al interés y los derechos del niño.

145. Asimismo, de los principios de necesidad, excepcionalidad y temporalidad, así como del objetivo de restablecimiento de los derechos del niño, se deriva la obligación de revisión periódica de las medidas especiales de protección. La revisión periódica de la medida temporal de protección tiene como finalidad determinar si la medida cumple con su objetivo, y por tanto, si responde al interés superior del niño. Adicionalmente, la supervisión periódica debe contribuir a que la aplicación de la medida permita la pronta reintegración del niño a su familia, siempre que fuera acorde con su interés superior.

146. En resumen, la determinación y aplicación de la modalidad de medida especial de protección, su contenido y la revisión de la misma, deberá realizarse en base a evaluaciones técnicas que tomen en consideración criterios objetivos y sean conducidas por un equipo multidisciplinario, especializado y capacitado para ello. Deberá incorporarse al niño, sus progenitores, familia así como a otras personas relevantes en su vida en estas decisiones. Lo anterior en aras a asegurar que el análisis de las circunstancias que afectan al niño y a su familia, y la decisión que se adopte en el marco de un procedimiento de protección, sean las más idóneas y adecuadas para atender las necesidades de protección del niño y sus derechos".

[102] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "El Derecho del Niño y la Niña a la Familia". Octubre 17 de 2013. Pág. 68. "***B. Principio del interés superior del niño.***

(…) 149. A este criterio del interés superior del niño han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. Aún más, la Corte entiende que el principio del interés superior del niño opera como una garantía en relación a las decisiones que supongan alguna limitación a los derechos del niño, de tal modo que para que la limitación sea legítima es necesario que esté fundamentada en el interés superior del niño: Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia." "En este sentido, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña. Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño.

(…) 157. Adicionalmente, la CIDH observa que la correcta determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada situación o contexto concreto deberá realizarse en base a la comprobación y evaluación objetiva de las condiciones en las que se encuentra el niño y la afectación que las mismas tienen en el goce de sus derechos, su bienestar y desarrollo. Por tanto, la CIDH concluye que no es suficiente con hacer referencia a que ha sido tomado en consideración el interés superior del niño en el momento de adoptar una decisión que le afecte, sino que éste deberá justificarse objetivamente en base a consideraciones que hayan sido constatadas en relación a las circunstancias personales del niño. Al respecto, la Comisión y la Corte han señalado que la utilización de este principio para justificar decisiones que afecten al niño y a su familia no debe realizarse "in abstracto" o de modo solamente nominativo. La determinación de cuál sea el interés superior del niño en cada caso concreto deberá realizarse de modo razonado y estar justificado sobre la base de la protección de los derechos del niño, así como quedar oportunamente sustentado en el procedimiento, con la documentación que fuera relevante y pertinente. El Comité de los Derechos del Niño también ha observado con preocupación que en ocasiones se invoca el interés superior del niño para justificar decisiones que son incluso contrarias a sus derechos; a ese respecto ha recalcado que en todo caso "la interpretación del interés superior del niño deben ser compatible con todas las disposiciones de la Convención".

(…)166. Finalmente, la edad y el grado de madurez personal del niño influyen en la determinación de cual sea su interés superior. El grado de desarrollo y madurez del niño le permiten comprender y formarse por sí mismo su propia opinión sobre sus circunstancias y las decisiones relativas al ejercicio de sus derechos, y por consiguiente, son condiciones que tienen relevancia en el nivel de influencia que sus opiniones tendrán en la determinación de cual deba considerarse que es su interés superior en el caso concreto. La edad del niño y su grado de madurez deben ser oportunamente valorados por parte de las autoridades que deban adoptar cualquier tipo de decisión

tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativo, que involucren menores deben tener un especial respeto y cuidado de este principio, en razón a que constituye una garantía frente a las decisiones que limitan los derechos del niño.

Así pues, el interés superior consiste en tomar las medidas de protección adecuadas y ponderar las condiciones especiales que cada caso presenta, teniendo en cuenta las características particulares de la situación en que se halla cada niño o niña, razón por la cual toda decisión que implique separación del seno familiar debe atender, estrictamente y sin excepción alguna al principio antes mencionado. Así se ha pronunciado el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre el respeto al interés superior del menor:

> *"(…) En ese sentido, una primera consideración realizada por el Comité entiende que el interés superior del niño debe ser aplicado en dos niveles. Por un lado, en lo referente a las medidas de cualquier índole destinadas a los niños como grupo o colectivo; de otro, en relación a las decisiones que se adopten sobre situaciones o casos individuales donde se determinen los derechos del niño o la niña"*[103]*.*

Por lo antes expuesto, la CIDH considera que no es suficiente afirmar que se tuvo en cuenta el interés superior del menor al momento de afectar sus derechos, es necesario justificar objetivamente los motivos que llevaron a tomar tal decisión de acuerdo con las circunstancias especiales que cada niño o niña presenta, es decir, está proscrita toda determinación que sea tomada en abstracto.

En conclusión, se está protegiendo efectiva y eficazmente el interés superior del menor cuando el examen efectuado por quienes imponen una restricción, por ejemplo, a la libertad del menor, se realiza de modo razonado y está justificado en la protección de los derechos del menor, todo lo cual debe estar correctamente sustentado durante el proceso adelantado.

Finalmente, en atención al valor jurídico que tiene en el ordenamiento interno la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Sala considera

---

relativa al cuidado y bienestar del niño. El derecho del niño a ser escuchado en todas aquellas decisiones que le afectan y a que sus opiniones sean debidamente tomadas en consideración, incluye que en caso que la autoridad se apartara de la opinión del niño a la hora de determinar cuál sea su interés superior, éste, como mínimo deber razonar adecuadamente y sustentar objetivamente los motivos por los cuales la autoridad competente se aleja de la voluntad del niño por entender que no es la opción que mejor sirve a sus intereses".

[103] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "El Derecho del Niño y la Niña a la Familia". Octubre 17 de 2013. Pág. 70.

citar algunas de las decisiones proferidas por dicho organismo en casos donde se debatieron eventos de vulneración y desconocimiento de los derechos y garantías reconocidas a los menores de edad:

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso de los "Niños de la Calle"* - Villagrán Morales y otros *Vs*. Guatemala), sentencia de 19 de noviembre 1999: en esta ocasión la Corte revisó los hechos que tuvieron lugar el país de Guatemala durante una época en que se desarrollaba un patrón de violencia contra *"niños de la calle"* dentro de los cuales se encontraban las víctimas. "El 15 de junio de 1990 mientras se encontraban en el área de "Las Casetas", se acercó una camioneta a los jóvenes Contreras, Figueroa Túnchez, Caal Sandoval y Juárez Cifuentes; de dicho vehículo bajaron hombres armados, que obligaron a los jóvenes a subir al mismo y se los llevaron. Los cuerpos de los jóvenes Juárez Cifuentes y Figueroa Túnchez fueron encontrados en los Bosques de San Nicolás el 16 de junio de 1990 y los cadáveres de los jóvenes Contreras y Caal Sandoval fueron descubiertos en el mismo lugar el día siguiente. La causa de la muerte fue oficialmente atribuida, en todos los casos, a lesiones producidas por disparos de armas de fuego en el cráneo".

En este evento, la Corte concluyó que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los menores Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraum Aman Villagrán Morales", bajo las siguientes consideraciones:

> *"187. El artículo 19 de la Convención establece que "[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".*
> *188. El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como "niño". Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, "salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraum Villagrán Morales, tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial "niños de la calle", para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo.*
> *189. La Corte también ha reconocido como hecho público y notorio, en esta misma sentencia, que para la época de los sucesos que constituyen la materia de este caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los "niños de la calle", ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios.*

190. La Corte, al considerar los diversos informes sobre la problemática de los "niños de la calle" en Guatemala, y las características y circunstancias del presente caso, estima que los hechos que culminaron con la muerte de los menores Caal Sandoval, Juárez Cifuentes y Villagrán Morales se vinculan con el patrón de violencia contra "niños de la calle" en Guatemala, vigente en el período en que ocurrieron esos hechos.

191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el "pleno y armonioso desarrollo de su personalidad"[104], a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.
(…)
194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

195. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los "niños de la calle" que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma. Dichas disposiciones son transcritas a continuación:

ARTICULO 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

ARTICULO 3

[…]
2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley

[104] Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párr. 6.

y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

ARTICULO 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

ARTICULO 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.
[…]

ARTICULO 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
[…]
3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

ARTICULO 37

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la

legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

196. Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las "medidas de protección" a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones (…)"

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso del "INSTITUTO DE REEDUCACIÓN DEL MENOR" *VS.* PARAGUAY), sentencia de 2 de septiembre de 2004: en esta ocasión la Corte revisó los hechos que tuvieron lugar en Paraguay al interior del Instituto "Panchito López", el cual no contaba con la infraestructura adecuada para funcionar como centro de detención, ya que estaba diseñado para ser una casa de habitación. Así las cosas, entre agosto de 1996 y julio de 2001, la población en el Instituto superó la capacidad máxima de éste, alcanzando así un nivel de sobrepoblación de alrededor de 50%, motivo por el cual los internos en el Instituto estaban recluidos en celdas insalubres con escasas instalaciones higiénicas, se encontraban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada. Del mismo modo, quienes sufrían discapacidades físicas, enfermedades mentales y/o problemas de adicciones, no contaban con una atención médica acorde con sus necesidades especiales. La falta de camas y colchones, junto con el hacinamiento, facilitaron que hubiera abusos sexuales entre los internos. Todo esto contribuyó a que en el interior del Instituto ocurrieran riñas y peleas, las cuales a veces involucraban armas de fabricación casera.

Por otro lado, el Instituto no contaba con un número adecuado de guardias en relación con el número de internos, además no contaban con una preparación idónea para la protección de niños privados de libertad, ni estaban capacitados para responder de manera satisfactoria a situaciones de emergencia, además los guardias vendían sustancias estupefacientes a los internos. De la totalidad de reclusos entre el 14 de agosto de 1996 y el 25 de julio de 2001, al menos 153 internos ingresaron al Instituto siendo ya mayores de edad según la legislación vigente. De éstos, 118 ingresaron a los 20 años, 28 ingresaron a los 21 años, cinco a los 22 años, uno a los 23 años, y uno a los 24 años. Estos internos mayores de edad no estaban separados de los internos menores de edad. Como resultado de toda esta problemática durante la década

anterior, se produjeron en el Instituto varios enfrentamientos de los internos con los guardias y de los internos entre sí. Asimismo, con posterioridad a la presentación del caso ante la Comisión Interamericana, en 1996, en el Instituto ocurrieron tres incendios:

1) El incendio de 11 de febrero de 2000: a raíz de la conflagración fallecieron nueve internos y el resto sufrieron heridas o quemaduras.
2) El incendio de 5 de febrero de 2001: en esta ocasión solamente se presentaron quemados y heridos.
3) El incendio de 25 de julio de 2001 y el cierre del Instituto.

En esta oportunidad la Corte concluyó que se habían vulnerado los artículos 4 y 5 de la Convención Americana en relación los artículos 19 y 11 de la misma (derecho a la vida e integridad personal), para sustentar su decisión expuso los siguientes argumentos:

> *"(…) 159. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención, como ya lo ha indicado la Corte (supra párrs. 151, 152 y 153). En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:*
>
> *según [el artículo 3 de la Convención], el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida[105].*
>
> *160. En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño[106]. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión (supra y árr.. 159).*
>
> *161. En este sentido, los artículos 6 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen en el derecho a la vida la obligación del Estado de garantizar*

---

[105] *Eur. Court H.R. Kudla v. Poland, judgement of 26 october 2000,* no. 30210/96, párr. 93-94.
[106] *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 26, párrs. 124, 163-164, y 171; *Caso Bulacio*, *supra* nota 56, párrs. 126 y 134; y *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra* nota 152, párrs. 146 y 191. En el mismo sentido, *cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 150, párrs. 56 y 60.

"en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". El Comité de Derechos del Niño ha interpretado la palabra "desarrollo" de una manera amplia, holística, que abarca lo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social[107]*. Mirado así, un Estado tiene, respecto de niños privados de libertad y, por lo tanto, bajo su custodia, la obligación de, inter alia, proveerlos de asistencia de salud y de educación, para así asegurarse de que la detención a la que los niños están sujetos no destruirá sus proyectos de vida*[108]*. En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*[109] *establecen que:*

13. No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad.

162. En íntima relación con la calidad de vida, están las obligaciones del Estado en materia de integridad personal de niños privados de libertad. La calificación de penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos[110]*.*

163. En consonancia con lo dicho anteriormente, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) disponen que:

Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria - social, educacional, profesional, sicológica, médica y física - que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano[111]*.*
(…)
170. De este modo, la Corte puede concluir que en ningún momento existieron en el Instituto las condiciones para que los internos privados de libertad pudieran desarrollar su vida de manera digna, sino más bien a éstos se los hizo vivir permanentemente en condiciones inhumanas y degradantes, exponiéndolos a un clima de violencia, inseguridad, abusos, corrupción, desconfianza y promiscuidad, donde se imponía la ley del más fuerte con todas sus consecuencias. Al respecto, valga recordar lo señalado por el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Noveno Turno, al resolver el hábeas corpus genérico interpuesto a favor de los internos del Instituto (supra árr.. 134.28), en el sentido de que en éste "se halla[ba]n acreditados los presupuestos de a) violencia física, psíquica o moral que agrava las condiciones de detención de las personas privadas de libertad; [y] b) la amenaza a la seguridad personal de los menores internos".

---

[107] Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Observación General No. 5 de 27 de noviembre de 2003, párrafo 12.

[108] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 150, párrs. 80-81, 84, y 86-88; *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros), supra* nota 152, párr. 196; y la regla 13.5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

[109] Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990.

[110] *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 26, párr. 170.

[111] Regla 26.2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

171. Estas circunstancias, atribuibles al Estado, son constitutivas de una violación al artículo 5 de la Convención Americana respecto de todos los internos que permanecieron en el Instituto.
(…)
184. Como se destacó anteriormente, este Tribunal considera que el Estado debe garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de los internos localizados en establecimientos de detención (supra árr.. 151). Por tanto, independientemente de que ningún agente estatal fue aparentemente el responsable directo de las muertes de los dos niños en la penitenciaría de Emboscada, el Estado tenía el deber de crear las condiciones necesarias para evitar al máximo riñas entre los internos, lo que el Estado no hizo, por lo cual incurrió en responsabilidad internacional por la privación de la vida de los niños Richard Daniel Martínez y Héctor Ramón Vázquez, configurándose de este modo una violación del artículo 4.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma".

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso de las Hermanas Serrano Cruz *Vs.* El Salvador), sentencia del 1 de marzo de 2005: en esta ocasión la Corte conoció del caso de las menores Ernestina y Erlinda Serrano Cruz quienes habían desaparecido el junio de 1982 en Chalatenango, por causa del conflicto armado que para la época atravesaba el Salvador. Por este motivo, su madre María Victoria Cruz Franco, emprendió la búsqueda de sus hijas Ernestina y Erlinda, acudió a las autoridades estatales y a organismos no gubernamentales como Pro-Búsqueda, con el propósito de encontrar a sus hijas y saber lo que había sucedido con ellas. Consecuencia de la labor emprendida, la organización Pro-Búsqueda presentó una denuncia ante las autoridades competentes, razón por la cual, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos realizó diversas investigaciones sobre los casos de niños y niñas víctimas de desaparición forzada durante el conflicto armado interno. El 5 de febrero de 1998 la Procuraduría solicitó al Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango que le informara "sobre el estado actual de la causa de Ernestina y Erlinda", obteniendo respuesta el 9 de febrero de 1998 cuando el Juzgado de Primera Instancia le indicó que la causa No. 112/93 instruida contra los miembros del Batallón Atlacatl por el secuestro de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz "*se enc[o]ntr[aba] totalmente depurada, y no se ha[bía] logrado establecer los extremos del delito así como el paradero de las mismas".* El 27 de mayo de 1998 el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango archivó el proceso penal, decisión que fue confirmada en segunda instancia.

Como consecuencia de la inoperancia de la justicia competente, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos emitió un informe especial *"sobre las desapariciones forzadas de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, su impunidad actual y el patrón de la violencia en que ocurrieron tales desapariciones".* En dicho

informe, se describió el patrón de desaparición forzada de niños y niñas ocurrido durante el conflicto armado y realizó un análisis detallado sobre la impunidad del caso de las hermanas Serrano Cruz.

En esta oportunidad la Corte concluyó que se habían vulnerado los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma (garantías judiciales y protección judicial), para sustentar su decisión señaló lo siguiente:

> *"(…) 54.La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre), y que es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados[112].*
> *(…)*
> *57. En casos similares, esta Corte ha establecido que "[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos"[113].*
> *58. De tal manera, dadas las especificidades del caso y la naturaleza de las infracciones alegadas, la Corte debe efectuar un examen del conjunto de las actuaciones judiciales internas para obtener una percepción integral de las mismas y establecer si dichas actuaciones contravienen los estándares sobre las garantías y protección judiciales y el derecho a un recurso efectivo, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención.*
> *59. Como ha quedado establecido en los hechos probados, ante el recurso de exhibición personal interpuesto por la madre de las hermanas Serrano Cruz (supra párr. 48.15), dos instancias judiciales internas han conocido del caso: la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema Justicia de El Salvador respecto del proceso de exhibición personal o hábeas corpus y el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango respecto del proceso penal. La Corte procederá a analizar a continuación la alegada violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención respecto de estos procesos.*
> *60. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana"[114]. Al respecto, la Corte ha advertido que*
> *[…] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las*

---

[112] *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 10, párrs. 71-73; *Caso 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 181; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 4, párr. 144.
[113] *Cfr. Caso Lori Berenson Mejía*, *supra* nota 3, párr. 133; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 182; y *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 4, párr. 146.
[114] *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, *supra* nota 10, párr. 148; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 175; y *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 126.

violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares[115].

61. Esta Corte ha señalado reiteradamente que la obligación de investigar debe cumplirse "con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"[116]. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación "[d]ebe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"[117].

62. Por otra parte, este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las presuntas víctimas de conocer lo que sucedió y de saber quiénes fueron los responsables de los respectivos hechos. La Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a conocer la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas, y la sociedad como un todo, deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad se ha venido desarrollando por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[118]; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso, el derecho a conocer la verdad da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de las presuntas víctimas[119].

63. Este Tribunal también ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación[120].

64. En consecuencia, los familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido a estas últimas sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido[121].

65. La investigación que deben emprender los Estados debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva[122]. Esto implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas diligencias que sean necesarias con el fin de intentar obtener un resultado. La Corte examinará las acciones del Estado en el presente caso desde esos dos

---

115 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros, supra* nota 3, párr. 126; *Caso Masacre Plan de Sánchez*. *Reparaciones*, *supra* nota 3, párr. 95; y *Caso Tibi.* Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 255.

116 *Cfr. Caso Bulacio, supra* nota 8, párr. 112; *Caso Juan Humberto Sánchez.* Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 144; y *Caso Bámaca Velásquez.* Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 212.

117 *Cfr. Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 184; *Caso Bulacio, supra* nota 8, párr. 112; *Caso Juan Humberto Sánchez, supra* nota 21, párr. 144; y *Caso Bámaca Velásquez, supra* nota 21, párr. 212.

118 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros*, *supra* nota 3, párr. 128; *Caso Masacre Plan de Sánchez*. *Reparaciones*, *supra* nota 3, párr. 97; y *Caso Tibi, supra* nota 20, párr. 257.

119 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros*, *supra* nota 3, párr. 128; *Caso Masacre Plan de Sánchez*. *Reparaciones*, *supra* nota 3, párr. 97; y *Caso Tibi, supra* nota 20, párr. 257.

120 *Cfr. Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 186; *Caso Las Palmeras.* Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 59; y *Caso Durand y Ugarte.* Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 129.

121 *Cfr. Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 187; *Caso Las Palmeras, supra* nota 25, párr. 65; y *Caso Durand y Ugarte, supra* nota 25, párr. 130.

122 *Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros*, *supra* nota 3, párr. 129; *Caso Masacre Plan de Sánchez*. *Reparaciones*, *supra* nota 3, párr. 98; y *Caso Tibi, supra* nota 20, párr. 258.

puntos de vista: a) respeto al principio del plazo razonable, y b) efectividad del proceso de exhibición personal o hábeas corpus y del proceso penal.

a) Respeto al principio del plazo razonable

66. El derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de la presunta víctima o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables[123].

67. Con respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales[124].

68. La Corte ha constatado que desde la primera reapertura del proceso penal en abril de 1996 (supra párr. 48.23) hasta la fecha de emisión de la presente Sentencia, el proceso ha permanecido siempre en la fase de instrucción durante aproximadamente 7 años y 10 meses y, además, estuvo archivado durante un año. El proceso se encuentra abierto en fase de instrucción y hasta la fecha no se ha emitido una acusación.

69. La Corte considera que una demora prolongada, como la que se ha dado en este caso, constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales[125]. La falta de razonabilidad, sin embargo, puede ser desvirtuada por el Estado, si éste expone y prueba que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el caso.

(…)

71. Sin embargo, el Tribunal advierte que las demoras en el proceso penal que se examina en este caso no se han producido por la complejidad del caso, sino por una inacción del órgano judicial que no tiene explicación. En diversas oportunidades durante la instrucción han transcurrido largos períodos de tiempo sin que el fiscal solicitara al juez que se practicara alguna diligencia y sin que el juez lo ordenara de oficio. Asimismo, tanto el fiscal como el juez han dejado transcurrir meses y hasta más de un año, antes de solicitar y ordenar que se practique una diligencia que no se realizó en la primera oportunidad señalada para evacuarse. Por ejemplo, en cuanto a las actuaciones procesales relacionadas con la Cruz Roja, el fiscal y el juez dejaron transcurrir un año y casi ocho meses desde que el Director General de la Cruz Roja salvadoreña, en una diligencia de inspección de libros, manifestó que "no t[enía] en su poder [los] libros de trabajo de asesoramiento y atención a desplazados durante el año de mil novecientos ochenta y dos, ya que dichos documentos o libros se enc[o]ntra[b]an en poder de la Cruz Roja Internacional", para realizar una diligencia con el propósito de solicitar información al Comité Internacional de la Cruz Roja (supra párr. 48.59). En cuanto a las actuaciones procesales relacionadas con la Fuerza Armada, por ejemplo, el fiscal y el juez dejaron transcurrir tres meses antes de volver a solicitar y ordenar que se realizara una inspección en los Libros de Novedades y registros del Destacamento Militar Número Uno de Chalatenango, la cual había quedado pendiente cuando la primera inspección no se realizó porque los archivos estaban desordenados

---

123 *Cfr. Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 188; *Caso Myrna Mack Chang*, *supra* nota 8, párr. 209; y *Caso Bulacio*, *supra* nota 8, párr. 114.

124 *Cfr. Caso Tibi, supra* nota 20, párr. 175; *Caso Ricardo Canese*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 141; y *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 190. En igual sentido *cfr. Wimmer v. Germany,* no. 60534/00, §23, 24 February 2005; *Panchenko v. Russia,* no. 45100/98, § 129, 08 February 2005; y *Todorov v. Bulgaria,* no. 39832/98, § 45, 18 January 2005.

125 *Cfr. Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 29, párr. 142; *Caso 19 Comerciantes*, *supra* nota 15, párr. 191; y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145.

(supra párr. 48.63 y 48.65). Asimismo, en enero de 2002 un nuevo fiscal asumió la investigación, pero tardó aproximadamente un año y ocho meses para realizar las primeras actuaciones en el proceso (supra párr. 48.69).

72. En cuanto a este aspecto del transcurso del tiempo sin que se realice ninguna actividad procesal, la Corte observa que, a pesar de que el 8 de septiembre de 2004 en la audiencia pública el Estado expresó que tenía la "firme decisión […] de continuar la búsqueda" de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, desde el 6 de septiembre de 2004 hasta el 21 de enero de 2005 no se realizó ninguna actuación en el proceso penal ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango. Fue recién dos días después de que el Presidente de la Corte Interamericana solicitara al Estado que presentara información sobre cualquier otra actuación que se hubiere realizado en el referido proceso penal, que el fiscal del caso solicitó al juzgado que ordenara la realización de dos diligencias (supra párr. 48.49 y 48.67).

73. Por otra parte, el Estado no ha probado que la acción de los familiares de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz haya sido la causa de alguna de estas demoras. Por el contrario, esta Corte ha constatado que desde el proceso por el recurso de exhibición personal o hábeas corpus la madre de las presuntas víctimas aportó información, así como también lo hizo Suyapa Serrano Cruz, hermana de las presuntas víctimas (supra párr. 48.15 y 48.30). Como consecuencia de esta información, se allegó al proceso por el Jefe de la Oficina de Búsqueda de la Cruz Roja importante información que de haberse corroborado o investigado habría permitido una actuación más diligente, efectiva y rápida de las autoridades judiciales en cuanto a la investigación de lo sucedido a Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, la determinación de su paradero y la sanción de los responsables (supra párr. 48.18, 48.43, 48.45, 48.46 y 48.47). Asimismo, la madre de las presuntas víctimas señaló el nombre de dos militares que podrían estar involucrados (supra párr. 48.15), quienes no declararon durante el proceso de exhibición personal "por no existir las direcciones exactas de sus residencias" (supra párr. 48.19) y no fueron citados durante el proceso penal (supra párr. 48.24 y 48.50).

74. Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que en el proceso penal que se ha seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Chalatenango se ha desconocido el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana), sentencia del 8 de septiembre de 2005: en esta oportunidad la Corte conoció del caso de las menores Dilcia Yean y Violeta Bosico, quienes para el 5 de marzo de 1997 contaban con 10 meses de edad y 12 años de edad, respectivamente. Las menores comparecieron ante la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá, el señor Genaro Rincón Miesse, quien en aquella época era abogado de MUDHA, la señora Tiramen Bosico Cofi, quien acompañaba a su hija Violeta Bosico, y la señora Martha Remigio, prima de la madre de Dilcia Yean y quien acompañaba a ésta niña, con la finalidad de solicitar el registro tardío de nacimiento para, entre otros niños, Dilcia Yean y Violeta Bosico. En la Oficialía Civil de Sabana Grande de Boyá la oficial civil encargada de los registros de nacimiento, señora Thelma Bienvenida Reyes, informó al señor Genaro Rincón Miesse que no era posible registrar a las niñas, porque los solicitantes no contaban con todos los documentos requeridos por la Junta Central

Electoral para dicho procedimiento. Producto de esta vulneración a los derechos de las menores, se presentó la queja ante Comisión quien decidió decretar medidas cautelares a favor de las citadas niñas, circunstancia que trajo como resultado que el 25 de septiembre de 2001, el Estado otorgar a las niñas Dilcia Oliven Yean y Violeta Bosico, las acta de nacimiento emitidas por la Oficialía del Estado Civil de la Primera Circunscripción de Distrito Nacional de la República Dominicana.

En esta oportunidad la Corte concluyó que se habían vulnerado los artículos 19, 20, 24, 3 y 18 de la Convención Americana con relación al artículo 1.1. del mismo instrumento, para sustentar su posición la Corte expuso los siguientes argumentos:

> *"(…) 136. Respecto al derecho consagrado en el artículo 20 de la Convención, la Corte entiende que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado[126]. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales[127], y es inderogable de conformidad con el artículo 27 de la Convención.*
>
> *137. La importancia de la nacionalidad reside en que ella, como vínculo jurídico político que liga una persona a un Estado determinado[128], permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.*
>
> *138. La Corte ha establecido que*
>
> > *[l]a nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. […] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana[129].*

---

[126] *Cfr. Caso Nottebohm* (Liechtenstein *vs.* Guatemala), segunda fase. Sentencia de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1955, pág. 23.

[127] *Cfr.*, entre otros, Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1.

[128] *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 35.

[129] *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, supra* nota 91, párrs. 32 y 33.

139. La Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo[130]*.*

140. La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación y, por otro lado, por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia[131]*.*

141. La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos[132]*. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.*

142. Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad.
(…)
155. La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa[133]*.*
(…)

---

[130] *Cfr. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, supra* nota 91, párr. 34.
[131] *Cfr*., entre otros, Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1; Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3.
[132] *Cfr. Caso Yatama*, *supra* nota 13, párr. 185; *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, y *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 84, párr. 44.
[133] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra* nota 95, párr. 118.

164. Este Tribunal observa que la solicitud de inscripción tardía de nacimiento fue denegada con fundamento en el incumplimiento de la presentación de once o doce requisitos, los cuales no eran los exigibles a los niños menores de 13 años de edad, y que fueron aplicados a las niñas, pese a que al momento de la solicitud Dilcia Yean tenía 10 meses de edad y Violeta Bosico tenía 12 años de edad (supra párrs. 109.14, 109.17, 109.18 y 109.20).

165. Se debe hacer notar que la edad es el criterio legal utilizado en la República Dominicana para diferenciar la aplicación de requisitos para la solicitud de inscripción tardía de nacimiento. Bajo la legislación aplicable, las niñas Yean y Bosico no presentaban condición alguna que las diferenciase de los demás niños dominicanos menores de 13 años de edad que pudiera justificar el agravamiento de las exigencias para el registro de su nacimiento. La aplicación a las presuntas víctimas de los requisitos que no les correspondían como menores de 13 años de edad, fue violatoria de la regulación interna sobre la materia y les impuso una carga de prueba desproporcionada ~~e~~ indebida.

166. La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos[134].

167. En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado.

168. Además, este Tribunal considera que el tratamiento discriminatorio impuesto por el Estado a las niñas Yean y Bosico, se enmarca dentro de la condición vulnerable de la población haitiana y dominicana de ascendencia haitiana en la República Dominicana, a la cual pertenecen las presuntas víctimas (supra párr. 109.9).

169. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas expresó su preocupación "por la discriminación de los niños de origen haitiano nacidos en el territorio [de la República Dominicana] o hijos de familias haitianas migrantes, en especial [por] su limitado acceso a vivienda, educación y servicios de salud, y observ[ó], en particular, la falta de medidas específicas para resolver este problema". El mismo Comité, específicamente en relación con la inscripción en el registro civil, señaló que le "preocupa en particular la situación de los niños de origen haitiano o de familias haitianas migrantes cuyo derecho a la inscripción en el registro civil ha sido denegado en el Estado [… y quienes, como] consecuencia de esta política, no han podido gozar plenamente de sus derechos, como el de acceso a la atención de la salud y la educación"[135].

---

[134] *Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra* nota 84, párr. 56.

[135] *Cfr.* Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes con Arreglo al Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de febrero de 2001, párrs. 22 y 26.

Es entonces, bajo todos los lineamientos hasta aquí señalados que se abordará el estudio del caso en concreto, por supuesto, teniendo en cuenta el interés superior del menor y toda la normatividad mencionada.

5.5. El caso concreto

En el *sub judice,* la Sala revisó la actuación de la entidad pública demandada, municipio de Pereira, frente a los hechos ocurridos en el "Centro de Reeducación de Menores Marceliano Ossa" el día 23 de abril de 2000, cuando un grupo de jóvenes que se encontraban allí recluidos se amotinaron y evadieron de la institución, entre ellos el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, quien estaba internado por mandato del Juez Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas Risaralda y quien posteriormente resultaría muerto.

En consecuencia, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente se determinó que la entidad demandada no actuó en cumplimiento de las normas antes señaladas por el contrario lo hizo de manera negligente y por esta razón le es imputable el daño antijurídico causado a los demandantes.

Así las cosas, queda claro que la parte demandada tenía que cumplir con el deber de vigilancia mencionado en acápites anteriores, ya que su objeto era lograr que los jóvenes se eduquen y encuentren un proyecto de vida acorde con sus aptitudes y gustos, evitando que los menores vean la delincuencia como una opción de vida; pero para lograr tal finalidad se deben tomar las medidas de seguridad adecuadas, las cuales deben impedir que hayan fugas o se realicen amotinamientos, que perturben el normal y buen funcionamiento de la institución[136]. Es por esto, que la ocurrencia de uno de estos supuestos constituye un indicio grave en cuanto a que se incumplió con dicha obligación, ya que sí se hubiesen tomado todas las medidas de prevención necesarias por parte de los directivos, educadores y personal de seguridad, los menores no tendrían oportunidad de preparar una fuga.

Ahora bien, del acervo probatorio allegado al expediente se tiene por acreditado que el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez era infractor de la ley penal y que consumía sustancias psicoactivas, ya que se encuentra demostrado que desde el año 1998 venía presentando problemas de comportamiento, prueba de ello es que la primera medida de

---

[136] Ver sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección "B", de fecha 9 de junio de 2011, Exp.20238. C.P: Danilo Rojas Bentacourth.

protección impuesta al menor consistió en ubicación en institución de carácter cerrado, la cual data del 16 de diciembre de 1998 (Fls.2 a 4 C.2). Del mismo modo, se tiene que dentro de su historial, se encuentra consignado que se realizó una visita domiciliaria al menor y su familia para conocer sus condiciones socio - familiares, por parte del personal del Centro de Reeducación de Menores "CREEME" el día 2 de febrero de 1999 (Fl.26 C.2) en la cual se observó lo siguiente:

> *"Considero que las condiciones económicas y de vivienda son apropiadas para el joven debido a que el padrastro y su madre se preocupan porque no les falte lo necesario*. ***Se perciben inconvenientes de tipo social y de manejo de autoridad debido inicialmente a lo poco recomendable del sector por el peligro que representa de que se involucre con malas compañías de hecho ya lo está. En segundo lugar se nota la falta de autoridad que ejerce la madre en el joven ya que no tiene presente las observaciones que se le hacen.*** *Considero importante realizar un fuerte trabajo con ambos, haciendo énfasis en la adquisición y cimentación de valores, lo mismo que mejorar su convivencia personal, familiar y social" (Subrayado y negrillas propios).*

Sin embargo, y pese a las recomendaciones realizadas por la persona encargada de realizar la visita domiciliaria, el Juez Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas desatendió lo dicho por el funcionario, y por medio de auto del 12 de mayo de 1999 (Fls.22 a 24 anexo1) decidió imponerle al menor como medida de protección la libertad asistida, olvidando que el sector donde habitaba su familia no era el más recomendable para superar sus problemas de adicción a las drogas y de comportamiento, echando de esta manera al traste los avances alcanzados hasta el momento en su formación; el juez de conocimiento sustentó su decisión así:

> *"Evidencia el juzgado con base en el informe suscrito por la Coordinadora del Centro de Reeducación "CREEME" donde el joven se encuentra interno, que la evolución ha sido positiva, asimila el proceso reeducativo, acata la normatividad institucional; muestra definición de su proyecto de vida, se fija metas a corto y mediano plazo; que aunque IVAN RAMIRO, ha sido consumidor de sustancias psicoactivas, ha madurado en este aspecto y desea vincularse a una comunidad terapéutica la cual le ayude a superar su adicción. Recomiendan cambio de medida favorable por la LIBERTAD ASISTIDA, reforzando su escala de valores y auto - estima y brindar asesoría familiar en pautas de manejo, al igual que vincularlo a una comunidad terapéutica.*
> *(…)* ***con la obligación de vincularse a los programas implantados por la CORPORACION CID, observar buena conducta en todo sentido, no compartir con personas que puedan incidir en su buen comportamiento, informar cambio de residencia en caso de ocurrir y por parte del juzgado se solicitará a la FUNDACION HOGARES CLARETH, para que se estudie la posibilidad de vincularse a los programas que puedan ayudarle a superar la adicción, siempre y cuando el joven tenga voluntad para ello. Para ello se entregará a su progenitora quien suscribirá diligencia de compromiso quedando obligada a apoyar al menor e informar caso de desobediencia."*** *(Subrayado y negrilla propios)*

Así las cosas, como era de esperarse la medida fue incumplida por el joven Londoño Gutiérrez quien no se vinculó a ningún programa que lo ayudara a superar su adicción, aunque en un principio manifestó tener interés en rehabilitarse, posteriormente no se presentó en la Fundación Hogares Clareth para dar cumplimiento a la medida impuesta, prueba de ello es el oficio del 29 de septiembre de 1999, remitido por la Corporación Integral para el Desarrollo Social, en donde informa al Juzgado de conocimiento que ni el menor, ni su progenitora, han asistido a los programas ofrecidos:

> "*En vista de la inasistencia del joven a las actividades que programa la institución (sic) beneficio de su desarrollo integral, se han llevado a cabo diferentes intervenciones con el fin de conocer las razones y motivarlo a que dé cumplimiento y responda adecuadamente a su proceso formativo,* ***hasta el momento no se ha logrado dialogar con la progenitora, pues se le ha citado a la institución y no se ha hecho presente. En dialogo sostenido con la prima del joven dio a conocer que el comportamiento de él, es irregular, según ella se está dedicando de nuevo a actividades ilícitas (hurto, atraco) y hacerle daño a las personas de la comunidad, al parecer está consumiendo S.P.A no está laborando de manera honrada, ni tampoco demuestra empeño por vincularse académicamente, no acata ni tiene en cuenta llamados de atención que realiza su abuela quie (sic) se encuentra reducida a la cama, sus llegadas son a altas horas de la noche y en oportunidades amanece fuera de casa."*** *(Fl.29 anexo1) (Negrilla y subrayado propios)*

De igual manera, por medio de oficio del 5 de noviembre de 1999, allegado por la Corporación Integral para el Desarrollo Social, se comunica que después de insistentes citaciones a la madre del menor, esta comparece a las instalaciones de la institución e informa de su situación en los siguientes términos:

> *"(…) En diálogo sostenido con la progenitora, manifiesta que al parecer su hijo se encuentra consumiendo S.P.A (Bazuco), sigue compartiendo con amistades que no le aportan nada positivo a su desarrollo integral, no acata las normas dentro del hogar, no desempeña actividad laboral, ni escolar y expresa no querer volver a presentarse al programa." (Fl.31 anexo1)*

Consecuencia de este reiterado comportamiento contrario a la ley, y ante la ausencia de medidas de protección adecuadas que respondieran al interés superior del menor, en el año 2000 Iván Ramiro es sindicado de haber cometido el delito de porte ilegal de armas al haber sido detenido en flagrancia, motivo por el cual se ordenó se le internara en el Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", tal como consta en la boleta de internamiento No.0001 del 3 de enero de 2000, expedida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas (Risaralda) (Fl.23 C.2).

Posteriormente, el joven siguió ejecutando comportamientos al margen de la ley, así consta en la ficha de reincidencia de fecha 12 de enero de 2000[137] suscrita por Iván Ramiro Londoño, en donde después de identificarse, señala que se trata de una persona que consume sustancias alucinógenas (bazuco), con una frecuencia de cada dos o tres días, en los siguientes términos:

> *"El joven se encontraba con su familia, inactivo, su mayor dificultad el consumo de estupefacientes"*

Ulteriormente, el día 23 de abril de 2000 el menor se evadió del centro de reeducación en el cual se encontraba recluido a las 8:45 P.M, como consta en el informe dado al Juez Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas - Risaralda mediante escrito del 24 de abril de 2000 suscrito por la Jefe del Departamento Red de Menores[138], en los siguientes términos *"cuando los menores de la unidad Cerrada se motinaron (sic) dañando los candados, arrancando las puertas, y emprendieron la huida en forma masiva; destrozando a su paso las aulas de clase y los archivos".*

Como consecuencia de la evasión que se presentó el 23 de abril de 2000, el joven Iván Ramiro Londoño resultó muerto el día 25 de abril de 2000, tal y como consta en el registro civil de defunción del menor (Fl.204 C. Ppal). Quien para la fecha de los hechos y según el registro civil de nacimiento contaba con 16 años de edad.

Así pues, se encuentra demostrado que Iván Ramiro Londoño era un menor adicto ya que desde su primer ingreso al centro de reeducación en el año 1998 se consagró en su ficha socio familiar tal circunstancia, hecho que se agravó en el año 2000 cuando reingreso a la institución, circunstancia que evidencia que requería de un especial tratamiento, lo anterior, en atención a que quienes consumen sustancias psicoactivas cuando dejan de consumirlas, entran en el conocido "síndrome de abstinencia" que llena de ansiedad a la persona y lo lleva a ejecutar conductas que pueden llegar a causarle daño a ellos mismos o a terceras personas, circunstancia que hacía imperiosa la necesidad de que el joven Londoño Gutiérrez fuera especialmente vigilado y cuidado por parte de quienes tenían a su cargo la reeducación y resocialización en el centro "Marceliano Ossa". Esta obligación se encuentra consagrada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el Código del Menor[139], vigente para la época de los hechos,

---

[137] Fl.25 C.2
[138] Fl.40 Anexo1
[139] Decreto 2737 de 1989, vigente para la época de los hechos, abril de 2000.

el cual en el artículo 211 se refiere a los menores con especiales características, quienes deben ser atendidos en instituciones especializadas para tratar su situación:

> *"Cuando se trate de menores que tengan deficiencias físicas, sensoriales o mentales**, o sean adictos a sustancias que produzcan dependencia, procurará el Juez que la medida se cumpla en establecimiento que disponga de servicio especializado para brindar al menor la asistencia que le sea necesaria en estos casos**".(negrilla y subrayado propios)*

Es así como, para lograr tal finalidad la ley establece que los jueces de menores deben contar con la colaboración de un equipo interdisciplinario (integrado al menos por un médico, un psicólogo o un psicopedagogo y un trabajador social) que lo oriente sobre la medida más conveniente para el menor, trabajando mancomunadamente con este y su familia para la concreción de las medidas tomadas por el juez[140].

Teniendo en cuenta lo anterior, y por tratarse de un menor adicto a sustancias alucinógenas, el Centro de Reeducación debió tomar específicas y especiales medidas de protección sobre el joven en desarrollo del principio del interés superior del menor, teniendo en cuenta todas las variantes señaladas, deber que no fue cumplido por parte de la institución.

Contrario a lo dicho, se observa que ni en la entidad ni sobre el menor existían medidas especiales de seguridad, las cuales permitieran contrarrestar comportamientos inadecuados de los jóvenes allí recluidos, tanto es así que la señora Carmen Consuelo Rentería, quien para la época de los hechos trabajaba en el Centro de Reeducación "Marceliano Ossa" como docente terapeuta, educadora y coordinadora de la sección masculina, manifiesta en su testimonio lo siguiente:

> ***"PREGUNTADO: Qué medidas de vigilancia o seguridad existían en el centro para la época en que se dio la evasión**. CONTESTO: **Ninguna.** Lo que pasa es que el mismo Código del Menor prohíbe medidas de seguridad extremas en los centros de reeducación, porque conozco muchos centros de reeducación y se porque conozco el Código que no se puede tener los policías dentro de las unidades porque eso le genera agresividad al menor. No recuerdo un artículo del Código que regule lo que he dicho. Es la modalidad de educador de vivienda que haga las veces de padre, que el menor se sienta en una (sic) ambiente familiar. El era visitado por la mamá en semana porque ella no podía los domingos que era el día de visita porque estaba trabajando y sólo le quedaba libre un día en semana y se le permitía a ella visitarlo ese día. A la mamá se le había estipulado el día miércoles para las visitas que era el día que le daban en el restaurante donde trabajaba, pero a veces no podía ir y me llamaba y me decía que no podía ir, en oportunidades iba cada ocho o cada*

[140] Artículo 168. Código del Menor- Decreto 2737 de 1989

quince días. ***El día de la evasión había vigilancia policial, eran como dos los que se quedaban en la noche y una femenina. Pero quiero repetir que ellos no prestaban vigilancia en las unidades, de ordinario estaban por fuera de las unidades, o sea, al que le tocaba enfrentarse solo a los muchachos era a un educador de vivienda.*** *Como era de noche los muchachos de (sic) la jugaron porque esperaron que todo estuviera como calmado, lo que me contaron que recuerdo y vagamente es que no sé si fue que saquearon, o si pe (sic) pidieron a Juan Guillermo que los sacara al baño a uno de ellos y ahí lo tomaron a él, no me acuerdo bien de esa parte. Realmente la forma como empezaron el motín no la recuerdo. De esto me di cuenta al leer el informe del educador. Quiero aclarar que fueron tantos motines que puedo estarlos confundiendo. Ellos utilizaban muchas modalidades para agredir al educador. Ellos siempre trataban de tomar al educador de rehén cuando iniciaban las fugas (…)* ***PREGUNTADO: Teniendo en cuentas (sic) condiciones de control y vigilancia que aplicarse en un centro de reeducación, informe si al inicio de una evasión los educadores de vivían podía (sic) evitarla tomando medida como de aprehensión, encerrarlos, esposarlos.*** *CONTESTO:* ***No, los educadores no se pueden enfrentar a los menores, no pueden tener ningún contacto físico porque eso se cataloga para el educador como maltrato al menor.*** *Eso está reglamentado en el Código del Menor. Si un muchacho después que se enfrenta al educador y de pronto hay roce, yo diría que él podría ser demandado por los padres del menor. Quiero aclarar que son muchos menores para un solo educador, en ese momento no se si eran veinte o veintidós por educador. Lo ideal es que en la noche se quedaran siquiera dos o tres, me baso para decirlo en el grado de comportamiento que manejan los jóvenes que llegan al centro. No conozco norma o estudio que enseñe esa proporción, es opinión personal." (Fls.48 a 53 C.2) (Subrayado y negrillas propios)*

Adicionalmente, la docente Rentaría al ser preguntada de manera específica por el comportamiento del menor Londoño Gutiérrez previo a la fuga del día 23 de abril de 2000, señaló que " (…) *En una oportunidad íbamos a llevar a un taller, la sección de talleres queda en otra parte, fuera del alojamiento de ellos, yo le pregunté que qué taller quería y el m (sic) contestó que lo metiera a cualquiera, yo le respondí no que era él el que tenía que escoger el taller, me dijo cuales hay yo le dije está panadería, zapatería, ebanistería, antes que yo terminara me dijo métame a panadería, yo le dije: "ya vengo por usted", alguien de atrás de los muchachos duro respondió doña Carmen ese man se quiere volar. Yo me devolví y le dije: Iván yo misma lo voy a llevar al taller a ver si se va a escapar, y me dijo "yo no me voy a escapar doña Carmen". Ya cuando lo llevaba él en su ropa llevaba dos pantalones, entonces uno de los muchachos me dijo revíselo que lleva dos pantalones y el me respondió que era para quitárselo en el taller y no ensuciarse el que llevaba abajo, yo le dije "como así", y lo devolví a la unidad y le dije cuando se le baje el grado de ansiedad retomamos esta conversación".*

Lo anterior, pone de manifiesto que el comportamiento de Iván Ramiro dentro de la institución venía presentando anomalías, las cuales fueron evidenciadas por un educador del centro de reeducación, sin que se tomaran las medidas precaución y

prevención necesarias para evitar la huida de quien posteriormente resultaría muerto en medio de su fuga, circunstancia que demuestra una inactividad por parte de la entidad demandada al ser la encargada de la dirección del “Marceliano Ossa” de la ciudad de Pereira.

Por otra parte, el docente Juan Guillermo Ramírez Giraldo, encargado de la vigilancia de los menores el día de la ocurrencia de los hechos, señaló en su testimonio lo siguiente:

> ***“PREGUNTADO: Cuántas personas, incluido usted, estaban en el centro, atendiendo a los controles respectivos el día de los hechos.*** *CONTESTO:* ***éramos cuatro docentes de vivienda en ese momento, no recuerdo sus nombres porque en el tiempo que estuve en el Marceliano Ossa me realizaron cinco motines de esa magnitud y tres agentes de policía, entre ellos, la agente Clemencia que era la comandante de ahí. (…)PREGUNTADO: Qué medidas de seguridad existían en el Centro para la época en que se dio la evasión CONTESTO: Era en la parte física pues un muro aproximadamente de unos ocho o nueve metros de altura, los menores lo alcanzaron, la reja que rodea las dos instituciones tanto el Lázaro Nicholl, que es el centro de reeducación para las menores, como el Marceliano Ossa, que lo es para los niños, que de aproximadamente de tres metros de altura que es fácil para los menores brincarla, también fue sobrepasado por ellos ese día y los agentes de policía de turno que esa noche eran tres. (…)****PREGUNTADO: En respuestas anteriores usted indicó que el momento del motín además de todo el personal de la institución llegaron refuerzos de policía de Combia y de Pereira, porque razón este personal de vigilancia no puso (sic) evitar la evasión. CONTESTO: Los refuerzos llegaron cuando los menores ya estaban enardecidos quemando todo, es decir, no se habían evadido todavía. La tardanza de los agentes de policía de Combia y la institución, que son diez minutos en carro en horas de la noche, creo que por las medias (sic) de seguridad del país la oscuridad se presta para ese tipo de sitio un ataque de pronto guerrillero; no podría determinar cuántos agentes llegaron, mas o menor por todos cincuenta o sesenta. (…)* ***PREGUNTADO: Manifestó usted su atención a varios motines antes de la fuga de Iván, hizo usted algunas recomendaciones a sus superiores tendientes a corregir dichas fallas CONTESTO: Yo rendí informes de las fugas, mi labor allí no era de policía de seguridad, mi labor es ser docente y en este caso específico docente de acompañamiento. En los motines anteriores también se alcanzaron a fugar menores. En esos motines se utilizaron métodos diferentes, con un clic de papel llegaron a abrir candados, inclusive llegaron a saquear las barras de los módulos y pegarlas con jabón para en el momento adecuado fugarse, normalmente agarran como rehén al docente, intimidándolo con armas, llegando incluso a chuzar al docente.*** *PREGUNTADO: Tuvo conocimiento usted que se hubiesen tomado medias (sic) nuevas de seguridad y vigilancia después de haber puesto en conocimiento de sus superiores los hechos de los motines, registrados antes del 23 de abril de 2000 CONTESTO: Si se tomaban en cada motín nuevos mecanismos d (sic) seguridad pero las instituciones como Bienestar Familiar, defensoría del Pueblo, Derechos Humanos tiraban al piso este tipo de medidas de seguridad porque según ellos atentaban contra el menor de edad no importara que estuviera de por medio la vida del educador. Como lo manifestó*

una vez el defensor del pueblo de esa época a una agresión física realizada a una docente, dijo que éramos personas adultas y que sabíamos el riesgo." (Fls.54 a 60 C.2)

Ahora bien, para poder afirmar que se brindó seguridad al interior de la institución, se requería demostrar que existió apoyo y acompañamiento por parte de la Policía Nacional, entidad encargada de prestar la vigilancia en el "Marceliano Ossa" bajo la supervisión del municipio de Pereira, como lo señala el certificado de fecha 21 de junio de 2002, expedido por la Alcaldía de Pereira - Secretaria de Gobierno Municipal - Centro de Reeducación de Menores, en el que se dijo que:

> ***"1.La entidad encargada de prestar el servicio de la vigilancia de los menores que ingresan al Centro de Reeducación por orden Judicial, es la POLICÍA NACIONAL.***
> ***2. Que el número de uniformados destinados en la actualidad para el servicio de vigilancia y las demás actividades estipuladas en el Código del Menor es de 11 unidades policiales.***
> ***3. Que para la fecha de los acontecimientos solo se tenían asignados 8 unidades distribuidas en dos turnos de 24 horas****" (Fl.18 C.2) (Negrilla y Subrayado propios)*

Aunado a lo anterior, se observa que los miembros de la Policía Nacional que llegaron a reforzar la situación, no intentaron ni siquiera controlar a los menores evasores para lo cual debían tener en cuenta los parámetros legales que los regían, advirtiéndose de esta manera una total inactividad por parte de la fuerza pública, como se evidencia de la declaración rendida por el docente Juan Guillermo en su testimonio:

> *"Llegaron los refuerzos de la policía de Pereira también, los menores empezaron a hacer escalera humanas (sic) para subir un menor al techo para lanzarles las cobijas atadas que habían hecho para escalar los muros. Uno de los comandantes de la policía que llegó planteó la idea de lanzar gases lacrimógenos y desde Pereira la orden fue que no se podía atentar contra la parte física de ninguno de los menores inclusive pasaban por el techo al lado de los agentes de policía, armados los menores y la orden era no lastimarlos, no se podía coger, porque había que utilizar la fuerza para detenerlos, los agentes agente (sic) no lo hacían por miedo a una destitución, por utilizar una fuerza excesiva sobre un menor armado. Se volaron todos los de la unidad, alrededor de cuarenta menores en horas de la noche, eso serian como las diez y media de la noche" (Subrayado propio)*

Así las cosas, tenemos que la Alcaldía del Municipio de Pereira reconoce que no contaba con los agentes de policía necesarios para atender las necesidades del Centro de Reeducación "Marceliano Ossa", ya que de acuerdo con lo establecido en el Código del Menor se requería de 11 unidades policiales en este tipo de instituciones y para la fecha de los hechos, el "Marceliano Ossa" solamente contaba con 8 policías, situación

esta que también comprueba un descuido por parte de las directivas del Centro de Reeducación en tanto era su obligación velar porque el servicio policial fuera completo y eficaz, lo cual no ocurrió.

De los medios probatorios antes reseñados, se concluye que los mismos pedagogos percibían la ausencia de una adecuada vigilancia en las instalaciones de la institución, tanto así, que el mentor encargado de cuidar los menores la noche del 23 de abril de 2000, aclara que su labor consistía en ser educador de vivienda y no policía, circunstancia que es clara para la Sala, en consecuencia su capacitación no era la adecuada para atender motines o evasiones de los jóvenes, por lo que se requería exigir que el acompañamiento policial, legalmente establecido, estuviera siempre completo y adecuado para reprimir situaciones como la que tuvo lugar la noche del 23 de abril de 2000.

No obstante, tampoco reposa en el expediente material probatorio que evidencie que dentro de la entidad existían protocolos que les permitieran a los docentes enfrentarse de manera adecuada y conforme a los postulados legales a hechos como los aquí debatidos. Por el contrario, se presentó total inactividad por parte del profesor encargado, quien se limitó a salir rápidamente de la unidad al percibir una anomalía, sin siquiera verificar que ocurría al interior de la misma con los menores, teniendo el deber de hacerlo.

Así pues, sea del caso reiterar que le correspondía a la dirección del centro de reeducación verificar y coordinar el cumplimiento de la legislación del menor (Decreto 2737 de 1989), la cual establecía que los objetivos de la Policía de Menores estaban orientados prioritariamente a defender, educar y proteger al menor y a brindar el apoyo a los organismos destinados o autorizados por el Estado para el cumplimiento de las medidas adoptadas para el tratamiento de los menores[141], por tanto, la principal función de los agentes estaba y está encaminada a proteger y apoyar al menor, sin llegar a la fuerza para la consecución de los fines antes señalados.

Lo dicho no obsta, para que en caso de presentarse hechos que pongan en riesgo la vida de los jóvenes o de terceras personas, pueda recurrirse a medidas persuasivas que permitan la neutralización de menores que busquen atentar contra el orden público, así como sucedió en el Centro de Reeducación “Marceliano Ossa” el 23 de abril de 2000, debiendo hacer claridad y recalcar que las funciones de la Policía de Menores y

[141] Artículo 285. Código del Menor

de las directivas del Centro de Reeducación deben estar encaminadas a proteger la integridad de los jóvenes, sin que esto justifique inacción en los casos de amotinamiento e intento de fuga, desconociendo de esta forma lo preceptuado en la ley.

Adicionalmente, el municipio de Pereira tenía el deber de verificar y coordinar el cumplimiento de estas obligaciones al interior del centro de reeducación, ya que su inacción o el uso excesivo de la fuerza puede causar perjuicios a los jóvenes los cuales deben ser reparados por el Estado al tener este el deber de custodia, vigilancia y seguridad.

Así pues, se encuentra demostrado que existió deficiencia en la prestación del servicio de custodia y vigilancia que brindaba la Policía Nacional en el "Marceliano Ossa" para el mes de abril de 2000, el cual le correspondía verificar a la entidad demandada que se prestara en debida forma, ya que la institución en la cual se encontraba recluido Iván Ramiro es una dependencia del municipio[142].

Por otro lado, encuentra la Sala que aunado a la falla en la prestación del servicio derivada de la inobservancia de los deberes de vigilancia, custodia y seguridad que tenía el Centro de Reeducación de Menores Marceliano Ossa sobre el menor Iván Ramiro Londoño, también se vulneraron los derechos de los familiares del joven a conocer los hechos en que el menor se había fugado de la institución y, asimismo, que éste había fallecido, por lo que se vieron sometidos a una situación de incertidumbre y se vieron privados de la posibilidad de sepultarlo de acuerdo con sus creencias. Lo anterior quedó evidenciado con los testimonios de los señores Jhon Emerson Sánchez Gutiérrez y María Rosmira Sánchez Valencia[143], no se les informó oportunamente de lo acontecido en las instalaciones de la institución el 23 de abril de 2000, debiendo ellos mismos buscar al menor para poder saber si se encontraba vivo o muerto, encontrándolo en Marsella más o menos 20 días después de su deceso según el dicho de los declarantes.

Lo anterior, constituye una gravísima vulneración de los derechos de los familiares y del *de cujus*, ya que de acuerdo con la Constitución y la Ley todos los ciudadanos tienen derecho a ser sepultados oportuna y dignamente y en el caso de Iván Ramiro ese derecho se vio vulnerado.

---

[142] Así lo señala el Decreto 1446 de 2010 proferido por la Alcaldía de Pereira, el cual señala en las consideraciones que cuenta con una serie de dependencias fuera de la sede principal entre las cuales se encuentra el Centro de Reeducación de Menores Marcialiano Ossa.
[143] Fls.34-37, 43-45 C.2

Así las cosas, se evidencia un incumplimiento de las normas constitucionales y legales en materia de protección los menores ya que desde el año 1998, es decir, dos años antes de la muerte de Iván Ramiro, las autoridades judiciales tenían conocimiento de la problemática que venía presentando el menor, suceso que exigía un especial seguimiento a su caso atendiendo en todo momento su interés superior, tal y como lo ordenan las normas nacionales e internaciones, obligación que no fue cumplida por parte de la entidad a cargo del menor.

5.6. Hecho de la víctima

Por otra parte, la Sala encuentra que la entidad demandada y el Tribunal de primera instancia, atribuyeron la concreción del daño antijurídico, esto es, la muerte del menor, al hecho de la propia víctima, por cuanto fue el menor Iván Ramiro quien se fugó de la institución, previo amotinamiento y destrucción de candados, puertas, aulas y archivos.

Al respecto, es indiscutible que el joven no acataba las normas impuestas en su hogar, circunstancia por la cual su madre en reiteradas oportunidades acudió ante la autoridad judicial para que internaran al menor en un centro de reeducación y así alejarlo de los peligros a los cuales estaba expuesto en la calle al estar rodeado de malas compañías; infringía la ley penal cometiendo delitos como hurto y porte ilegal de armas, razón por la cual estuvo en varias oportunidades a órdenes de la autoridad judicial que impuso igualmente en diversas ocasiones medidas de protección al menor; era consumidor de sustancias alucinógenas[144], y, finalmente, se evadió de su lugar de reclusión a través de

[144] Corte Constitucional, sentencia C-221 de 5 de mayo de 1994. "[…] Dentro de un sistema penal liberal y democrático, como el que tiene que desprenderse de una Constitución del mismo sello, debe estar proscrito el peligrosismo, tan caro al positivismo penal, hoy por ventura ausente de todos los pueblos civilizados. Porque a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace. A menos que el ser drogadicto se considere en sí mismo punible, así ese comportamiento no trascienda de la órbita más íntima del sujeto consumidor, lo que sin duda alguna es abusivo, por tratarse de una órbita precisamente sustraída al derecho y, a fortiori, vedada para un ordenamiento que encuentra en la libre determinación y en la dignidad de la persona (autónoma para elegir su propio destino) los pilares básicos de toda la superestructura jurídica. Sólo las conductas que interfieran con la órbita de la libertad y los intereses ajenos, pueden ser jurídicamente exigibles. No se compadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro […] ¿Qué puede hacer el Estado, si encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo, sin vulnerar la libertad de las personas? Cree la Corte que la única vía adecuada y compatible con los principios que el propio Estado se ha comprometido a respetar y a promover, consiste en brindar al conglomerado que constituye su pueblo, las posibilidades de educarse. ¿Conduce dicha vía a la finalidad indicada? No necesariamente, ni es de eso de lo que se trata en primer término. Se trata de que cada persona elija su forma de vida responsablemente, y para lograr ese objetivo, es preciso remover el obstáculo mayor y definitivo: la ignorancia. No puede, pues, un Estado respetuoso de la dignidad humana, de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, escamotear su obligación irrenunciable de educar, y sustituir a ella la represión como

un amotinamiento poniendo en peligro su vida y la de (sic) (sic) sus compañeros igualmente menores de edad que se encontraban en la institución.

No obstante, frente a la conducta del menor es importante advertir que su condición, aunada a la situación de psicodependiente que el niño reportaba, lo convierte en una persona cuyo grado de atención y seguridad se eleva por cuanto *"la adicción a sustancias psicoactivas es una enfermedad que afecta la salud mental de las personas*"[145]. De manera que su conducta era conocida por el centro de reeducación y no puede asemejarse a un incumplimiento de los deberes sociales, por el contrario, tal hecho obliga a la entidad demandada a prever que circunstancias como la acaecida se presenten y a adoptar todas las medidas de seguridad y protección que en estos eventos son previsibles.

Entonces, en atención a la situación personal del menor era previsible, y además estaba anunciado, el comportamiento desplegado por Iván Ramiro frente a lo cual la entidad demandada omitió su deber de poner en funcionamiento las medidas necesarias para brindar seguridad y vigilancia en las instalaciones de la institución que impidieran el amotinamiento y posterior evasión de los menores del centro de reeducación.

Con relación a lo anterior, debe observarse que el Centro de Reeducación estaba instituido para atender y tratar situaciones como la reportada por Iván Ramiro por lo cual es esperable que esté preparado para atender los comportamientos que dieron lugar a la fuga y posterior fallecimiento del menor, de manera que en quien se exigía el cumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad era en el municipio de Pereira que, se itera, omitió dar cumplimiento a sus obligaciones y, por el contrario, quebrantó los deberes constitucional y legalmente impuestos a las entidades estatales que prestan el servicio de resocialización y reeducación de menores infractores de la ley, configurándose de esta manera una falla en la prestación del servicio por parte de la entidad demandada.

Con fundamento en lo anterior, la Sala reitera que se evidencia una falla en el servicio por incumplimiento de obligaciones preestablecidas en el ordenamiento jurídico por

---

forma de controlar el consumo de sustancias que se juzgan nocivas para la persona individualmente considerada y, eventualmente, para la comunidad a la que necesariamente se halla integrada" Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-101 de 10 de febrero de 2004; sentencia C-574 de 22 de julio de 2011; sentencia C-491 de 28 de junio de 2012..

[145] Corte Constitucional, sentencia de Tutela 153 de 13 de marzo de 2014.

parte del Municipio de Pereira, el cual faltó a sus deberes e incumplió la obligación de seguridad a su cargo, deberes normativos objetivos impuestos por la Carta Política (Artículo 2), las normas consagradas en el Decreto 2737 de 1989 y los convenios internaciones, especialmente se vulneró la Convención sobre los Derechos de los Niños en sus artículos 3.3 y 25.

Por último, es necesario hacer un llamado de atención, a las entidades del Estado como el Instituto de Bienestar Familiar, cuyas funciones entre otras, son las de prevenir vulnerabilidades o amenazas y proteger a los niños, niñas y adolescentes para lograr el bienestar de las familias colombianas, para lo cual deben realizar de la manera más eficiente posible sus funciones y así lograr que se minimice la ocurrencia de situaciones como la presentada en este caso.

Igualmente, se hace un llamado a la Defensoría del Pueblo, como institución del Estado colombiano responsable de impulsar la efectividad de los derechos humanos en el marco del Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, mediante las siguientes acciones integradas:

- Promoción y divulgación de los derechos humanos.
- Prevención, protección y defensa de los derechos humanos.
- Fomento del respeto al derecho internacional humanitario.

En conclusión, se encuentra demostrada la responsabilidad del Estado por los hechos que aquí nos ocupan a título de falla del servicio, por las razones expuestas en líneas anteriores, razón por la cual se revocará la decisión del Tribunal Administrativo del Risaralda, de no declarar la responsabilidad de la Administración.

6. Tasación de perjuicios.

6.1 Perjuicios Materiales.

Solicita la parte demandante que se reconozca a la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, basando su pretensión en la frustración y ausencia de ayuda económica que percibía y seguiría percibiendo del menor Iván Ramiro Londoño, si este no hubiese muerto. Sin embargo, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente la Sala observa que el lucro cesante reclamado no se encuentra probado, como pasa a explicarse.

Así las cosas, está acreditado que el menor una vez salió con libertad asistida del centro de reeducación en el cual se encontraba, no inició actividad laboral alguna, tal y como lo señala la providencia del 16 de diciembre de 1998 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia contra el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez por el delito de porte ilegal de armas (Fl.2 a 4 anexo 1), en la cual se dijo:

> *"(…) De acuerdo con la entrevista privada y el informe de la asistente social, el pronóstico de su comportamiento social es malo. No estudia, se retiró sin razón aparente; desobediente, dedica mucha parte del tiempo a la vagancia dedicado a consumar ilícitos contra la propiedad; desobediente, no acata las normas impuestas por la mamá, rebelde; de atender que sus proyectos para el futuro es dedicarse a la delincuencia. En síntesis, es persona que necesita medida de protección (…)".*

En el mismo sentido, el oficio del 29 de septiembre de 1999 remitido por la Corporación Integral para el Desarrollo Social, por medio del cual se informa al juzgado de conocimiento que ni el menor, ni su progenitora, habían asistido a los programas ofrecidos, señalando que de acuerdo con el dicho de una prima del menor, su comportamiento era irregular ya que se dedicaba a la comisión de actividades ilícitas, razón por la cual "*no está laborando de manera honrada, ni tampoco demuestra empeño por vincularse académicamente, no acata ni tiene en cuenta llamados de atención que realiza su abuela quie (sic) se encuentra reducida a la cama, sus llegadas son a altas horas de la noche y en oportunidades amanece fuera de casa". (Fl.29 anexo1)*

Así mismo, las manifestaciones hechas por su progenitora María del Carmen Gutiérrez Alarcón dan cuenta de lo dicho, ya que a través de oficio del 5 de noviembre de 1999 remitido por la Corporación Integral para el Desarrollo Social al Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Dosquebradas (Risaralda) (Fl.31 anexo 1), informa que su hijo se encuentra consumiendo sustancias psicoactivas, que está rodeado de amistades que no le aportan nada positivo para su desarrollo, que no acata las normas dentro del hogar y que no desempeña ninguna actividad laboral ni escolar.

De todo lo anterior, la Sala tiene por probado que el menor contrario a desempeñar actividades laborales o académicas, se dedicaba a la vagancia y al consumo de sustancias psicoactivas.

Adicionalmente, dentro del Centro de Reeducación el menor no desarrollaba ninguna actividad laboral, por lo tanto, no recibía remuneración alguna, motivo por el cual sería

ilógico afirmar que Iván Ramiro Londoño contribuía con el sostenimiento del hogar o de su mamá.

Ahora bien, aun en el hipotético evento en que la Sala encontrará probado, por ejemplo, con el testimonio del señor Emerson Sánchez Gutiérrez, que el joven Londoño Gutiérrez estuvo laborando con él en una panadería, no reposa en el expediente medio probatorio que acredite que tal labor se estaba desempeñando con el lleno de los requisitos legales, por lo tanto, mal haría esta Corporación en reconocer a la señora Gutiérrez Alarcón rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, debido a que se estaría amparando el trabajo infantil[146].

Es por esto, que sobre el lucro cesante debe aclararse que este no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso[147], de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso[148], exigencias que evidentemente no se cumplen en el *sub judice.*

En conclusión, no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios materiales a la madre del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, por las razones antes expuestas.

6.2. Perjuicios morales (Unificación jurisprudencial).

Sea lo primero señalar, que procede la Sala a unificar la jurisprudencia en materia de reparación de perjuicios inmateriales; lo anterior, por cuanto la Sección considera necesario y oportuno determinar los criterios generales que se deben tener en cuenta para la liquidación del mencionado perjuicio.

La parte actora solicita el reconocimiento de perjuicios morales en el equivalente en moneda nacional a 2.000 gramos de oro fino, para cada uno de los demandantes o quien o quienes sus derechos representen.

---

[146] Artículo 14 del Decreto 2737 de 1989.
[147] TRIGO REPRESAS, Felix A., LOPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil – Cuantificación del daño, Edic. FEDYE, edición 2008, pág. 82, con fundamento en la Decisión del Tribunal supremo de España, Sala 1ª, 30/11/93.
[148] Obra ibídem, pág. 83.

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral 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 consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

Así pues, en el *sub judice* el reconocimiento se hará de acuerdo con la relación afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas.

En consecuencia, observa la Sala que los demandantes dentro del presente proceso se encuentran, respecto de la víctima, en el primer nivel, María del Carmen Gutiérrez Alarcón (madre) y Jesús Antonio Acevedo (padrastro), en el segundo nivel, José Ferney Londoño Gutiérrez, Erika Yessenia Acevedo Gutiérrez, Norma Liliana Acevedo Gutiérrez, Ana Rita Alarcón Viuda de Gutiérrez, quienes adujeron la calidad de hermanos y abuela, y en el tercer nivel, los demás demandantes, esto es, José Jesús Gutiérrez Alarcón, Blanca Gutiérrez Alarcón, Doralba Gutiérrez Alarcón y María Ceneth Gutiérrez Alarcón, quienes afirmaron ser tíos del occiso.

Así las cosas, como se dijo, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil, frente a lo cual obra el siguiente material probatorio:

1. María del Carmen Gutiérrez Alarcón (mamá): la madre del menor se encuentra en el nivel No.1 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil.
Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento del joven Iván Ramiro en el cual se señala que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (Fl.14 C.1). Adicionalmente, el testimonio rendido por la señora María Rosmira Sánchez Valencia, señala que la muerte del menor fue muy dolorosa para su madre y que aún no se repone de la perdida, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 100 SMLMV.

2. Jesús Antonio Acevedo (padrastro): el padrastro del menor se ubica en el nivel No.1 de relación afectiva propia de las relaciones paternas, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil, no obstante, como en el presente caso el demandante no es el padre biológico de la víctima la prueba idónea no es el registro civil de nacimiento, si no toda aquella que acredite la relación afectiva de este con el menor Iván Ramiro.

Así las cosas, tenemos que el testimonio rendido por María Rosmira Sánchez Valencia señala que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, Erika Yessenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y **Jesús Antonio Acevedo**. Igualmente, reposa en el expediente copia de la ficha de la visita domiciliaria realizada el 2 de febrero de 1999, realizada por el Centro de Reeducación de Menores “CREEME” - Municipio de Pereira - Secretaría de Educación (Fl.26 C.2), en la cual se señala que la madre y el padrastro del menor Iván Ramiro buscan proporcionarle a sus hijos, entre ellos a Iván Ramiro, todo lo necesario para una congrua subsistencia, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 100 SMLMV.

3. Erika Yessenia Acevedo Gutiérrez (hermana): la hermana del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil.
Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de Erika Yessenia donde consta que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (Fl.13 C.1). Del mismo modo, el testimonio rendido por la señora María Rosmira Sánchez Valencia, quien afirma que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, **Erika Yessenia**, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y Jesús Antonio Acevedo, hecho que demuestra la relación afectiva con la víctima, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

4. Norma Liliana Acevedo Gutiérrez (hermana): la hermana del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil.

Así las cosas, tenemos que reposa en el expediente copia simple del registro civil de nacimiento de Norma Liliana donde consta que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (Fl.12 C.1), documento que no cumple con los requerimientos señalados en el Decreto 1260 de 1970- artículos 105 y 106, sin embargo, previendo que en el nivel 2 "*se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad (…)"* la Sala estima que lo relevante es la existencia de la relación afectiva entre la víctima y las demandantes, por lo que verificó que dicha relación afectiva se halla probada, a través del testimonio rendido por la señora María Rosmira Sánchez Valencia, cuando afirma que la familia del menor fallecido estaba integrada por **Norma Liliana**, Erika Yessenia, Ferney, María del Carmen Gutiérrez y Jesús Antonio Acevedo, hecho que demuestra la relación afectiva con la víctima, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

5. José Ferney Londoño Gutiérrez (hermano): el hermano del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil. Así las cosas, reposa en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento de José Ferney donde consta que su madre es la señora María del Carmen Gutiérrez Alarcón (Fl.11 C.1). Igualmente, el testimonio rendido por la señora María Rosmira Sánchez Valencia, señala que la familia del menor fallecido estaba integrada por Norma Liliana, Erika Yessenia, **Ferney**, María del Carmen Gutiérrez y Jesús Antonio Acevedo, hecho que demuestra la relación afectiva con la víctima, motivo por el cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

6. Ana Rita Alarcón Viuda de Gutiérrez (abuela): la abuela del menor se encuentra en el nivel No.2 de relación afectiva, razón por la cual se requiere la prueba del estado civil. Así las cosas, tenemos que reposa en el expediente copia simple del registro civil de nacimiento de María del Carmen Gutiérrez Alarcón (madre) (Fl.9 C.1), donde consta que su madre es Ana Rita Alarcón, documento que no cumple con los requerimientos señalados en el Decreto 1260 de 1970- artículos 105 y 106. Sin embargo, previendo que en el nivel 2 "*se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad (…)"* la Sala estima que lo relevante es la existencia de la relación afectiva entre la víctima y las demandantes, por lo que verificó que dicha relación afectiva se halla probada, por medio de la ficha socio familiar del 14 diciembre de 1998 (Fls.27 a 29 c.2), en la cual se señala que el menor Iván Ramiro vivía con la abuela materna desde los 4 años ya que sus padres eran separados; así mismo, el oficio del 29 de septiembre de 1999 remitido por la Corporación Integral para el Desarrollo Social señala que una prima del menor informa que no acata los llamados de atención que le

hacia la abuela materna por su mal comportamiento y el consumo de drogas. Todo lo anterior, demuestra que existía un lazo afectivo entre el menor y su abuela razón por la cual se reconocerá por el perjuicio causado, el equivalente a 50 SMLMV.

Para el nivel 3 se exige, además de la prueba del estado civil, la prueba de la relación afectiva, en relación con lo cual obra el siguiente material probatorio:

7. José Jesús Gutiérrez Alarcón (tío): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco ya que no se aportó el registro civil correspondiente, adicionalmente, tampoco se allegó prueba idónea que acredite la relación afectiva entre el demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios.
8. Blanca Gutiérrez Alarcón (tía): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco con la víctima, pese a ello, se arrimó copia simple del certificado del registro civil de nacimiento de Blanca Inés Gutiérrez Alarcón (Fl.17 C.1). Adicionalmente, tampoco se allegó prueba idónea que acredite la relación afectiva entre la demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios.

9. Doralba Gutiérrez Alarcón (tía): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco ya que no se aportó el registro civil correspondiente, adicionalmente, tampoco se allegó prueba idónea que acredite la relación afectiva entre la demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios.

10. María Ceneth Gutiérrez Alarcón (tía): La Sala observa que no se encuentra acreditado el parentesco con la víctima, pese a ello, se arrimó copia simple del certificado del registro civil de nacimiento de Blanca Inés Gutiérrez Alarcón (Fl.16 C.1). Adicionalmente, tampoco se allegó prueba que acredite la relación afectiva entre la demandante y la víctima, razón por la cual no habrá lugar al reconocimiento de perjuicios.

Así las cosas, el monto a reconocer a cada uno de los demandantes será el siguiente:

NIVEL	DEMANDANTE	SMLMV (100%)
Nivel 1	María Del Carmen Gutiérrez Alarcón (Madre)	100 SMLMV
Nivel 1	Jesús Antonio Acevedo (Padrastro)	100 SMLMV
Nivel 2	José Ferney Londoño Gutiérrez (Hermano)	50 SMLMV
Nivel 2	Erika Yessenia Acevedo Gutiérrez (Hermana)	50 SMLMV
Nivel 2	Norma Liliana Acevedo Gutiérrez	50 SMLMV

	(Hermana)	
Nivel 2	Ana Rita Alarcón Viuda De Gutiérrez (Abuela)	50 SMLMV

6.3. Perjuicios por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. (Unificación jurisprudencial)

De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la victima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "*de crianza".*

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	**Tipo de Medida**	**Modulación**
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la victima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	**Cuantía**	**Modulacion de la cuantía**

En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.	Hasta 100 SMLMV	En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este item, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.

6.4. Medidas de reparación no pecuniarias (Unificación jurisprudencial)

Al respecto, la Sala considera que en el *sub examine* se precisa la reparación integral mediante medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta la relevancia del caso, por cuanto se trata de afectación al interés superior del menor, y ante la gravedad de los hechos debatidos, consistentes en la inobservancia de los deberes de custodia, vigilancia y cuidado por parte del municipio de Pereira a través del Centro de Reeducación “Marceliano Ossa”, que trajo como consecuencia la muerte del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, desconociendo estándares convencionales, constitucionales, especialmente en lo que corresponde a la población menor de edad, al incurrir en inobservancia de los artículos 44 y 45 constitucionales y convencionales sobre protección de los derechos humanos especialmente la Convención sobre los Derechos de los Niños en sus artículos 3.3 y 25.

La Sala estudia si procede en el presente caso ordenar medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso y las afectaciones a las que fue sometida la víctima Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, que generaron la violación de los artículos 1, 2, 8.1, 11, 16 y 42 de la Carta Política, 1.1, 2, 3, 4, 5, 19, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así mismo, se observa que para la consideración de este tipo de medidas la base constitucional se desprende los artículos 90 y 93 de la Carta Política, la base legal del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, y para garantizar el derecho a la reparación integral de la víctima, se tiene en cuenta que debe ceder el fundamento procesal del principio de congruencia ante la primacía del principio sustancial de la “restitutio in integrum”, máxime cuando existe la vulneración del derecho internacional de los derechos humanos, para el caso específico de un menor de edad.

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las

entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “restitutio in integrum”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión: *(1) la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira - Centro de Reeducación Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y*[149]*; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos”*

7. Llamamiento en Garantía

La entidad demandada en la contestación de la demanda solicitó llamar en garantía a la compañía de seguros “La Previsora S.A.”, en el evento que sea declarada responsable y se condene al pago de alguna suma de dinero, en atención a la póliza “Multi riesgo Previ - Alcaldías” No. 522781 (Fl.58 C.1); observa la Sala que la vigencia de está póliza inició el 1 de mayo de 1999 y culminó el 30 de abril de 2000. Ahora bien, de acuerdo con lo antes dicho se encuentra acreditado que el fallecimiento (siniestro) ocurrió en vigencia de la póliza antes descrita, es decir, el 25 de abril de 2000[150].

Así las cosas, es evidente para la Sala que para la época de los hechos, esto es, para el 25 de abril de 2000 la entidad demandada tenía suscritas con la llamada en garantía la póliza de seguro por la que fue vinculada al plenario. Por lo tanto, la Sala condenará a la llamada en garantía a reembolsar a la entidad demandada las sumas a las que será condenada en esta sentencia, por supuesto, en los términos de las pólizas que se encontraban vigentes para la época de los hechos.

8. Condena en costas

---

[149] Corte Interamericana de Derwchos Humanos, caso del Instituto de Reeducación del menor vs Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004. “[…] *b) Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional y de declaración de una política de Estado en materia de niños en conflicto con la ley consistente con los compromisos internacionales del Paraguay* 316. La Corte considera necesario que, en el plazo de seis meses, las instituciones pertinentes del Estado, en consulta con la sociedad civil, elaboren y definan una política de Estado de corto, mediano y largo plazo en materia de niños en conflicto con la ley que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del Paraguay. Dicha política de Estado debe ser presentada por altas autoridades del Estado en un acto público en el que, además, se reconozca la responsabilidad internacional del Paraguay en las carencias de las condiciones de detención imperantes en el Instituto entre el 14 de agosto de 1996 y 25 de julio de 2001”.

[150] Revisados los cubrimientos o riesgos asegurados de la misma, se comprobó que incluye los siguientes: 1. Sección I Daños materiales: incendio terremoto y anexos, a) Substracción: Rotura de maquinaria y corriente débil); 2. Sección II: Responsabilidad civil; 3. Sección III: Global de manejo; 4. Sección IV: Automóviles, póliza AU – 522782; y 5. Sección V: Maquinaria en despoblado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVÓQUESE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de (sic) (sic) Risaralda el 15 de octubre de 2003 y, en su lugar **DISPÓNGASE**:

PRIMERO. DECLÁRESE la responsabilidad del Municipio de Pereira, por la muerte del menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, ocurrida el 25 de abril de 2000.

SEGUNDO. CONDÉNESE al Municipio de Pereira a pagar por concepto de perjuicios morales a cada uno de los demandantes el equivalente en suma de dinero, así:

NIVEL	DEMANDANTE	SMLMV (100%)
Nivel 1	María Del Carmen Gutiérrez Alarcón (Madre)	100 SMLMV
Nivel 1	Jesús Antonio Acevedo (Padrastro)	100 SMLMV
Nivel 2	José Ferney Londoño Gutiérrez (Hermano)	50 SMLMV
Nivel 2	Erika Yessenia Acevedo Gutiérrez (Hermana)	50 SMLMV
Nivel 2	Norma Liliana Acevedo Gutiérrez (Hermana)	50 SMLMV
Nivel 2	Ana Rita Alarcón Viuda De Gutiérrez (Abuela)	50 SMLMV

TERCERO. ORDENAR al MUNICIPIO DE PEREIRA en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales de reparación integral las siguientes medidas de reparación no pecuniarias: *(1) la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira - Centro de Reeducación Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos"*

CUARTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda. Y se condena a "*La Previsora S.A."* a reembolsar las sumas a las que fue condenado el Municipio.

QUINTO: UNIFICAR la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la reparación de los perjuicios inmateriales, concretamente sobre i) el perjuicio moral - el perjuicio moral en caso de muerte y ii) el perjuicio por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

SEXTO: PONER EN CONOCIMIENTO el contenido del presente fallo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo, con el fin que en el campo de sus competencias realicen las acciones preventivas y correctivas pertinentes.

SÉPTIMO: DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

OCTAVO: Sin condena en costas.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Sección

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
Vicepresidente de la Sección

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Aclaró voto

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO GÓMEZ
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

HERNÁN ANDRADE RINCÓN
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.
Magistrado Ponente

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA PLENA

SECCION TERCERA

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251)

Actor: ANA RITA ALARCON VDA. DE GUTIERREZ Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE PEREIRA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA - SENTENCIA DE UNIFICACION)

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO ENRIQUE GIL BOTERO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien, comparto la decisión adoptada el 28 de agosto del año en curso, me aparto de algunos aspectos contenidos en la providencia de unificación.

Fundamentos del disentimiento:

1. En el proveído en cuestión, en el capítulo denominado “imputación de responsabilidad”, era imprescindible y esencial que se realizara una relación ordenada de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva y posición de garante en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo.

En efecto, la primera sentencia donde el Consejo de Estado aplicó de manera concreta la teoría de la imputación objetiva y de manera subsiguiente se siguió la línea jurisrpudencial, es la proferida el 4 de octubre de 2007, expediente 15.567, donde señaló:

> “Desde esa perspectiva, es claro que el Ejército Nacional conocía de la

situación de peligro que se había radicado en cabeza del señor […]-no propiamente a sus instancias-, sino a partir de la actividad desplegada por los miembros de la institución militar. En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Tobón Rueda comunicó el peligro que corría su vida e integridad física como resultado de los frecuentes acantonamientos que efectuó el Ejército Nacional en terrenos de su propiedad, motivo por el cual, se puede señalar que aquél asumió *posición de garante*[151] frente a la integridad del ciudadano.

"[…] Es por ello, que el Ejército Nacional conocía a cabalidad la situación de riesgo o peligro objetivo en que se hallaba el señor […], motivo por el cual ha debido brindar todos los elementos de protección que evitaran la concreción del daño causado; lo anterior, toda vez que si bien no existe una prueba que indique que aquél pidió, de manera expresa, seguridad a la fuerza pública, la misma debió ser suministrada de forma espontánea y sin requerimiento alguno, como quiera que el simple hecho

---

[151] Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: "En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

"(…) En una grave violación a los derechos fundamentales, la conducta del garante que interviene activamente en la toma de una población, es similar a la de aquel que no presta la seguridad para que los habitantes queden en una absoluta indefensión. En virtud del principio de igualdad, cuando la acción y la omisión son estructural y axiológicamente idénticas, las consecuencias deben ser análogas: Si la conducta activa es ajena al servicio, también deberá serlo el comportamiento omisivo. **Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.** Las fuerzas militares tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario (restricción absoluta aun frente a los estados de excepción según lo dispone el artículo 214 de la Constitución) y los derechos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Colombia, no pueden ser suspendidos durante tales estados. Permitir que ocurran, sea porque activamente intervienen en ellas o porque omiten el deber estatal de proteger a los asociados en sus derechos, constituye una flagrante violación a la posición de garante de las condiciones mínimas y básicas de la organización social y, por lo mismo, nunca podrán considerarse como un acto relacionado con el servicio. **En suma, desde el punto de vista estrictamente constitucional, resulta claro que las Fuerzas Militares ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos.** La existencia de esa posición de garante significa que el título de imputación se hace por el delito de lesa humanidad, o en general por las graves violaciones a los derechos humanos, sin importar la forma de intervención en el delito (autoría o participación), o el grado de ejecución del mismo (tentativa o consumación) o la atribución subjetiva (dolo o imprudencia). Las estructuras internas de la imputación no modifican la naturaleza del delito realizado; estas no cambian porque el interviniente (para el caso, quien omite) se limite a facilitar la comisión de un hecho principal, o porque no se alcance la consumación del hecho." Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

de tener certeza por las autoridades militares de la situación en que se colocaba al administrado, radicaba en cabeza de las mismas la obligación de brindar los instrumentos y elementos suficientes para impedir cualquier resultado dañoso.

"Se puede deducir por lo tanto, que el daño antijurídico no se hubiera generado de haberse verificado una actuación pro activa por parte de la administración pública, ya que ante la comprobación de que un colaborador forzado de la institucionalidad estaba viendo comprometida su integridad en todo sentido por tal situación, se le ha debido proveer protección y seguridad con el fin de impedir que cualquier tipo de bien jurídico de los que fuera titular se viera afectado, lo que no es más que la consecuencia lógica de haber asumido el Estado la posición de garante respecto del administrado.

Posteriormente, en providencia de 4 de diciembre de 2007, expediente 16.894, la Sección Tercera de esta Corporación, reiteró los argumentos en la sentencia transcrita, en los siguientes términos:

"[E]n esa perspectiva, para la Sala no son de recibo los escasos y débiles argumentos suministrados por el a quo, en relación con el cumplimiento de las entidades públicas demandadas, respecto de la obligación de protección y seguridad, toda vez que el análisis serio y detenido de los medios de convicción, permite plenamente dar por acreditado que el Comando de Policía de Envigado conocía de los hechos de riesgo y situación de peligro que rodeaban al inspector Luis Alonso Herrera. No se trata de endilgar una obligación de imposible cumplimiento al Estado, en los términos de la relatividad de la falla del servicio, sino que, en el caso concreto, se infiere que la administración pública tenía conocimiento de la situación y no adoptó las medidas necesarias para proteger la vida del ciudadano. Y resulta no sólo desafortunado, sino además desesperanzador, el argumento traído a colación por el *a quo* en la sentencia en cuanto a que *"es de conocimiento público que el servicio de policía de nuestro país, carece, desafortunadamente de los recursos necesarios para proteger la vida y los bienes de todos y cada uno de los habitantes."* Dentro de esa lógica fatalista e inexorable, la institución de la Policía estaría llamada a desaparecer. No se pueden hacer apriorísticamente aseveraciones absolutas por parte del juzgador, dejando de lado el examen del caso concreto sometido a su estudio.

"En efecto, el realizar rondas de vigilancia en la dirección donde se localizaba el domicilio del inspector del trabajo, no puede entenderse, desde el punto de vista lógico o formal, como el cumplimiento cabal e íntegro de la obligación de protección, en tanto la misma supone una conducta dinámica de la autoridad, concretamente de la fuerza pública, en relación con la verificación de la existencia de las amenazas, su periodicidad, como su seriedad, etc., para establecer así cuál era el esquema de seguridad que se ameritaba y, en todo caso desplegar una conducta íntegra en todo el sentido y significado tendiente a salvaguardar los derechos amenazados.

"La relatividad de la falla, en estos eventos, se relaciona con la

> imposibilidad de exigir de manera absoluta a la organización estatal, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico, como quiera que el Estado no se encuentra en capacidad de brindar una protección personalizada a cada individuo que integra el conglomerado social. No obstante lo anterior, el deber de protección de la vida, honra y bienes que se radica en cabeza del Estado, se torna más exigente en tratándose de personas frente a las cuales es posible o probable que se concrete o materialice un riesgo de naturaleza prohibida. En términos funcionalistas, se tiene que el Estado, como estructura en cabeza de la cual se radica el poder político y público y, por consiguiente, el monopolio de la fuerza armada, no sólo está obligado a precaver el delito sino también a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que, pudiéndose evitar, se concreten por omisión en el cumplimiento del deber legal contenido los artículos 2 y 218 de la Carta Política.
>
> "No se trata frente a los deberes y obligaciones de las autoridades, y para el caso, de los que correspondían concretamente a la Policía Nacional, de calificarlos como lo hace la entidad en la alegaciones ante esta instancia (fls. 276 y 277 cdno. ppal. 2ª instancia) de obligaciones de medios. La perspectiva es diferente, es lo que en la doctrina constitucional contemporánea se denominan obligaciones jurídicas superiores y que: *"son aquéllas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio ordenamiento equipara su revisión a la de todo el texto constitucional"*[152]. En efecto, la relación del Estado frente al ciudadano implica, no sólo necesariamente la existencia de poderes y deberes, que en el derecho anglosajón se denominan "obligaciones funcionales del Estado", y que son verdaderas obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento acarrea algún tipo de consecuencia o sanción. No podría ser de otra manera, para el caso objeto de juzgamiento, como quiera que el deber del Estado se traducía en su poder, y en la necesidad de proteger los derechos del ciudadano, en este caso, a la vida, aún sin que hubiera mediado solicitud por parte del señor Luis Alonso Herrera, cosa que además no es cierta como se ha visto, toda vez que de habérsele prestado, o al menos de haberse desplegado las medidas tendientes a una efectiva y cabal protección del derecho a la vida, se realizaba así el fin plausible del ordenamiento. Esa es la razón que justifica la existencia de las autoridades, el proteger los bienes jurídicos de los asociados en los términos que los consagra el ordenamiento jurídico en su integridad[…]"[153] (cursivas en el original).

Asimismo, en providencia de la misma fecha –de 4 de diciembre de 2007- expediente 17.918 se aplicó el principio de confianza como ingrediente delimitador de la imputación objetiva, en los siguientes términos:

> "3.2. Dado lo anterior, para la Sala se encuentra acreditado, sin anfibología alguna, la calidad de antijurídica que reviste la lesión

---

[152] DE ASIS Roig, Rafael "Deberes y Obligaciones en la Constitución", Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, Pág. 453.
[153] Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. de 4 de diciembre de 2007 (exp. 16.894).

> inflingida a los demandantes, en tanto no tenían -ni tienen- el deber jurídico de soportarla. En efecto, en tratándose de la prestación del servicio público (art. 49 C.P.) médico - hospitalario, el Estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/o hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud[154].
>
> "En ese orden de ideas, el principio de confianza legítima[155] en materia de la prestación del servicio médico - hospitalario se torna más exigente, como quiera que los parámetros científicos, profesionales y técnicos que rodean el ejercicio de la medicina se relacionan con el bien jurídico base y fundamento de los demás intereses jurídicos, esto es, la vida y, por conexidad, la salud.[156]

Posteriormente, el 20 de febrero de 2008, en el expediente 16.996, este alto Tribunal configuró la posición de garante del Estado por la relación de especial sujeción que se genera a cargo de él frente a conscriptos, reclusos y personas detenidas preventivamente. Allí se indicó:

> "Debe anotarse que, tanto en las relaciones de especial sujeción respecto de reclusos, como en los deberes de seguridad y protección de las personas que dimanan de la Constitución y la ley, la Corte

---

[154] La salud ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS), como "el estado completo de bienestar físico, psíquico, y social, no circunscrito a la ausencia de afecciones y enfermedades." www.who.int/en/

[155] "El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.

"En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus *status;* él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada." LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Pág. 120 y 121.

[156] Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. de 4 de diciembre de 2007 (exp. 17.918).

Constitucional[157] y la Sección Tercera del Consejo de Estado[158], han determinado que el Estado se encuentra en posición de garante[159].

---

[157] La Corte, en sentencia T-687/03, determinó: "En el presente asunto, es claro que sobre la Dirección de la Penitenciaría de Acacías, pesaba el deber positivo de velar por la protección del derecho a la salud del interno Jairo Benavides. En este caso la Sala considera que, al configurarse la relación de especial sujeción, el Estado asume la posición de garante institucional de los derechos del interno, especialmente los de la vida, la integridad física y la salud. Por lo tanto, asume el deber constitucional de adelantar conductas positivas que le permitan a este una condición existencial acorde con las posibilidades ordinarias de goce de dichos derechos fundamentales".

[158] En sent. de 4 de octubre de 2007 (exp. 15.567), la Sala estableció: "[…] En ese contexto, es claro que la administración pública incumplió el deber de protección y cuidado que se generó una vez el señor Tobón Rueda comunicó el peligro que corría su vida e integridad física como resultado de los frecuentes acantonamientos que efectuó el Ejército Nacional en terrenos de su propiedad, motivo por el cual, se puede señalar que aquél asumió *posición de garante*[158] frente a la integridad del ciudadano.

"Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho[158].

"Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida".

[159] La Corte Constitucional en la sentencia SU-1184/01, precisó de donde derivaban tal posición: "17. Un miembro de la fuerza pública puede ser garante cuando se presenten cualquiera de los dos fundamentos de la responsabilidad explicados: creación de riesgos para bienes jurídicos o surgimiento de deberes por la vinculación a una institución estatal.

"a) Los peligros para los bienes jurídicos pueden surgir no sólo por la tenencia de objetos (una lámpara de gas, una teja deteriorada) armas (una pistola, una dinamita) animales (un perro desafiante), sino también de personas que se encuentran bajo nuestra inmediata subordinación. En efecto, en las relaciones de jerarquía, el superior con autoridad o mando, tiene el deber de tomar medidas especiales (deberes de seguridad en el tráfico) para evitar que personas que se encuentran bajo su efectivo control, realicen conductas que vulneren los derechos fundamentales. Vg. Si el superior no evita –pudiendo hacerlo- que un soldado que se encuentra bajo su inmediata dependencia cometa una tortura, o una ejecución extrajudicial, o en general un delito de lesa humanidad, por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional.

El derecho penal internacional consuetudinario, desde el famoso caso Yamashita, en el cual se condenó en 1945 a un general del ejercito Japonés por "... omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...", ha venido reconociendo que el miembro de la fuerza pública que ostenta autoridad o mando debe adoptar medidas especiales para evitar que las personas que se encuentren bajo su efectivo control o subordinación, realicen conductas violatorias de los derechos humanos. Jurisprudencia que se ha reiterado en los diversos Tribunales Penales Internacionales, desde Núremberg hasta los ad-hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda. Doctrina que se plasmó normativamente en el art. 28 del Estatuto de Roma[159].

"b) El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente[159]. Por ende, para que el miembro de la fuerza pública sea garante, se requiere que en concreto recaiga dentro de su ámbito de competencia (material, funcional y territorial) el deber específico de proteger los derechos constitucionales de los ciudadanos de la República. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la

En similar sentido, en la providencia proferida el 20 de febrero de 2008, expediente 30.340, se insistió en que las autoridades públicas se encuntran en posición de garante institucional respecto de las personas detenidas o privadas de la libertad, y, por tanto, aquellas deben evitar la concreción de riesgos jurídicamente desaprobados que puedan recaer sobre estas.

Ahora bien, en la providencia de 30 de julio de 2008, expediente 16.483, en relación con la responsabilidad patrimonial de la administración pública sanitaria, se condenó con fundamento en la posición de garante que asume el servicio de salud respecto de la custodia y protección del paciente. En efecto, allí se indicó:

> "Estima la Sala que la conducta médica a asumir [sic] por las entidades prestadoras de servicios de salud y los médicos tratantes, debe tener identidad con la patología a tratar, deber ser integral en relación con el tratamiento y la dolencia misma, y sobre todo debe ser oportuna, como quiera que frente al enfermo, aquellos tienen una posición de garante[160], como quiera que al momento ingresar la señora Meneses al hospital San Pedro, este asumió su cuidado y custodia:
>
> "Acerca del contenido y alcance del concepto de posición de garante, recientemente esta Sección puntualizó:
>
> "'Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho[161].

---

ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometan en contra de los habitantes".

[160] Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado: "En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante. Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa.

[161] "La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos

"[…]

> En efecto, en relación con la obligación médica de atender a los pacientes el artículo 7° de la ley 23 de 1981[162], dispuso:
> "'ARTICULO 7o. Cuando no se trate de casos de urgencia, el médico podrá excusarse de asistir a un enfermo o interrumpir la prestación de sus servicios, en razón de los siguientes motivos:
> "a) Que el caso no corresponda a su especialidad;
> "b) Que el paciente reciba la atención de otro profesional que excluya la suya;
> "c) Que el enfermo rehuse cumplir las indicaciones prescritas."
> "La norma anterior, excusa pues del deber de garante al médico tratante en las situaciones por ella previstas, supuestos de hecho que no fueron acreditados dentro del asunto en examen."

De igual forma, en relación con la posición de garante que se genera en los casos de responsabilidad médico-sanitaria, la jurisrpudencia de la Sección Tercera señaló, el 1° de octubre de 2008, expediente 27.268:

> "Lo señalado, en tanto en materia de error de diagnóstico lo relevante no es el yerro en sí mismo - pues la medicina no puede ser considerada como una ciencia exacta - , sino aquel descuido inexcusable que conlleva la falta de aplicación del tratamiento idóneo cuando se tienen claros, concurrentes y múltiples indicios patológicos que debieron ser despejados de manera oportuna, con el fin de que la enfermedad padecida no se hubiera agravado, ya que, el médico, en atención a la posición en la que se encuentra frente al paciente, debe velar porque los riesgos que le resultan previsibles y, de manera específica, por él controlables, se mantengan en la órbita de su manejo y dominio"[163].

En el año siguiente, 26 de febrero de 2009, en el expediente 13.440, se declaró la responsabilidad del Estado al acreditarse que éste se halñlaba en posición de garante por el desconocimiento del deber de seguridad y protección, en los siguientes términos:

---

enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico." Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente: LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther "Derecho Penal – Parte General", Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus "Derecho Penal – Parte General "Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito", Ed. Civitas.

[162] Manual de Ética Médica.

[163] En efecto, las causales de posición de garante, para efectos de imputar responsabilidad o daños causados, se encuentran contenidas en el artículo 25 del Código Penal (que regula la acción y omisión), y su análisis y aplicación puede ser trasladado a la responsabilidad extracontractual del Estado, con precisas salvedades. Tales circunstancias son las siguientes:
"*Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:*
1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente."

> "Los anteriores, son hechos indicadores suficientes para dar por probado que la demandada incurrió en falla del servicio, consistente en violación del deber de seguridad y protección que le era exigible en relación con la dvida del periodista […], toda vez que, en estos casos, se ha determinado que el Estado se encuntra en posición de garante, como lo ha reconocido la jurisprudencia reciente de la Sala"

Igualmente, en la sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17.994, se expuso:

> "En consecuencia, la imputación fáctica contenida en la demanda se dirige a censurar la actitud de la fuerza pública, puesto que, según lo formulan los actores fue aquélla la que produjo con su acción el daño antijurídico y, al margen de que no hubiera sido así, la omisión en la que incurrió lo que hizo fue permitir que se concretara el daño antojurídico …
>
> "[…] En ese orden de ideas, el hecho de analizar la un resultado bajo la perspectiva de ingredientes normativos (v.gr. como la posición de garante), fijados por la ley y la jurisprudencia es lo que permite, con mayor facilidad, establecer la imputación fáctica (atribución material), esto es, se itera, la asignación de un determinado daño en cabeza de un específico sujeto.
>
> "[…]Desde esa perspectiva, la posición de garante se erige como uno de los ejes basilares sobre los cuales se edifica el concepto de imputación fáctica, puesto que a partir del conjunto de principios establecidos en el artículo 1º de la Constitución Política, se hace responsable, desde diversas perspectivas jurídicas (penal, disciplinaria, patrimonial, etc.) a la persona que con su omisión ha facilitado la producción del daño, lo que desvirtúa en el plano jurídico el principio causal según el cual a partir de la omisión no se deriva nada[164]. En ese contexto, la posibilidad de atribuir resultados o daños, con base en un criterio normativo – jurídico, no es otra cosa distinta que la reivindicación de la multiplicidad de valores y principios jurídicos sobre los que se basamenta el Estado Colombiano, es decir, como un Estado Social de Derecho, en el cual los asociados no solo se benefician de una gama de derechos y garantías, sino que, de igual manera, se encuentran conminados al cumplimiento de una serie de deberes (v.gr. principio de solidaridad, de dignidad humana, de tolerancia, etc.) sin los cuales la sociedad no podría funcionar[165].
>
> "Y, si los particulares se encuentran vinculados por esos imperativos categóricos –en términos Kantianos–, con mayor razón los órganos y

---

[164] "Ex nigilo nili fit". De la nada, nada.

[165] "Estas posiciones de garantía están acordes constitucionalmente con el principio de solidaridad, el cual, principalmente viene exigido cuando se trata de la protección de bienes jurídicos relacionados con la vida e integridad personal… Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional: "La solidaridad es un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones." Los deberes constitucionales son patrones de conducta social impuestos por el Constituyente a todo ciudadano, más no exigibles, en principio, como consecuencia de su mera consagración en la Carta Política, sino en virtud de una ley que los desarrolle." OVIEDO Pinto, María Leonor "La posición de garante", Ed. Ediciones Ciencia y Derecho, Bogotá, Pág. 138.

> funcionarios estatales se hallan sometidos al cumplimiento y salvaguarda de esos principios y valores constitucionales. En consecuencia, tal y como lo ha sostenido el máximo tribunal constitucional, la fuerza pública se encuentra en posición de garante frente a la protección de los bienes y derechos de los ciudadanos, sin que ello suponga someter al Estado a lo imposible –puesto que existe el principio de falla relativa del servicio–, pero sí obliga a que se analice en cada caso concreto las posibilidades reales con las que contaban los agentes estatales para impedir el resultado[166].
>
> "La doctrina ha explicado con especial claridad este suceso, en los términos que se transcriben a continuación:
>
> "Se ha dejado deliberadamente para el último momento una cuestión importante en materia de causalidad: ¿qué virtualidad causal tiene la omisión? ¿puede una omisión, un no hacer, generar un resultado positivo? A pesar de que existan voces de discrepancia, es hoy determinante la opinión de que la misión no puede ser nunca causa (en el sentido naturalístico por el que nos decantamos) de un resultado. En palabras de Mir Puig "resulta imposible sostener que un resultado *positivo* pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza por un puro *no hacer (ex nihilo nihil fit)".* O, en las palabras de Jescheck, "la causalidad, como categoría del ser, requiere de una fuente real de energía que sea capaz de conllevar a un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (*ex nihilo nihil fit*).
>
> "Ello no significa, naturalmente, que una omisión (en nuestro caso, una omisión administrativa) no pueda generar responsabilidad extracontractual del omitente. **Pero ello se tratará de una cuestión de imputación, no de causalidad. Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción –debida– omitida capacidad para evitarlo**."[167] (Destaca la Sala). (Subrayado del original).

En la misma línea de pensamiento, la Sección tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de agosto de 2009, expediente 18.364, razonó de la siguiente manera:

> "En el caso concreto se tiene que la paciente, según se colige de los testimonios del proceso, fue valorada en varias ocasiones cuando asistió a los controles de su embarazo, sin que en esas oportunidades se le hubiera diagnosticado un embarazo múltiple, como lo reconoce el propio doctor […], quien valoró a la madre gestante y determinó, basándose única y exclusivamente en la altura uterina y en la dilatación vaginal que se trataba de un embarazo a término en posición transversa, circunstancia por la que se debía proceder a la práctica de una cesárea, y por ello es que en el folio de remisión de la Clínica Rafael Uribe Uribe a la Clínica Versalles se consignó expresamente el

---

[166] "En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico penal, se vinculan un suceso en el mundo y un destinatario de imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso: es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche." JAKOBS, Günter "La imputación objetiva en el derecho penal", Ed. Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

[167] PUIGPELAT, Oriol Mir Op. Cit. Pág. 241 y 242.

> diagnóstico, del cual se abstuvieron en dudar los galenos del último centro hospitalario, como quiera que respecto de la primera de las instituciones se trataba de una clínica de tercer nivel, lo cual se acompasa con el principio de confianza legítima en los términos expuestos por la doctrina de la imputación objetiva, conceptos jurídicos creados y desarrollados para garantizar una eficiente y verdadera imputación material o fáctica del resultado.
>
> "En relación con los errores derivados de las actividades gineco-obstetras, la doctrina ha señalado:
>
> > "La ginecología - obstetricia debe ocupar el primer lugar como especialidad afecta al error médico, por causa del carácter de emergencia que prevalece, por las circunstancias siempre dramáticas que involucran el nacimiento del ser humano, impregnado de emociones fuertes, y todo eso bajo fuerte tensión psicológica; al fin sentimientos potencialmente generadores de júbilo o frustración, además de la actividad nocturna, inductora de cansancio o caracterizada por el relajamiento de los mecanismos naturales de atención y vigilancia. La ginecología/obstetricia, sobre todo la obstetricia, es una especialidad médica que trabaja con personas saludables, lo cual hace inaceptable cualquier forma de deterioro de la salud, por menor que sea."[168]

Así mismo, en la providencia de 18 de febrero de 2010, expediente 18.274, la Sección tercera del Consejo de Estado recurrió una vez más a la teoría de la impútación objetiva puntualizando que:

> En el caso concreto, el análisis de imputación desborda el plano de lo material y fáctico para ubicarse en un escenario jurídico y normativo que se traduce, en sí mismo, en un ejercicio de imputación objetiva que permite determinar si el daño es o no atribuible en cabeza de la Policía Nacional, como quiera que los demandantes aducen que existió una omisión por parte de la mencionada institución que configuró una falla del servicio o, eventualmente, un daño especial derivado del rompimiento de las cargas públicas. En otros términos, si bien la execrable muerte del personero municipal Jorge Enrique León fue perpetrada por un grupo de personas que le dispararon en multiplicidad de ocasiones, lo que *prima facie,* desde el plano material, configuraría una ausencia de imputación respecto del Estado por tratarse del hecho exclusivo de un tercero, lo cierto es que en el mundo del derecho, el estudio de la *imputatio facti* enseña que ésta no sólo puede ser fáctica, sino también normativa que para el caso, se estructura en la dimensión de la imputación objetiva y de la omisión.
>
> "[…] En consecuencia, el hecho de que el daño tenga su génesis directa, material y causal en la conducta de un tercero no quiere significar, en principio, que se haya configurado una causa extraña que exonere de responsabilidad a la administración pública, toda vez que aquél puede devenir imputable a esta última si su comportamiento fue

---

[168] MEIRELLES Gómez, Julio; DE FREITAS Drumond, José Geraldo y VELOSO, Genival "Error Médico", Ed. Bdef, Buenos Aires, 2002, pág. 47.

> relevante y determinante en el desencadenamiento del mismo, bien porque se contribuyó con una acción en la producción (v.gr. con un aumento del riesgo permitido o un desconocimiento del principio de confianza), o si pudiendo evitarlo se abstuvo de enervar su generación, esto último, siempre y cuando se constate en estos eventos que la entidad demandada se encontraba en posición de garante, es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico estuviera compelida a evitar el resultado.
>
> "Por consiguiente, si bien la imputación fáctica tiene un sustrato material o causal, lo cierto es que no se agota allí, ya que dada su vinculación con ingredientes normativos es posible que en sede de su configuración se establezca que un daño en el plano material sea producto de una acción u omisión de un tercero, pero resulte imputable al demandado siempre que se constate la ocurrencia de cualquiera de los siguientes aspectos: i) con fundamento en el ordenamiento jurídico se tenía el deber de impedir la materialización del daño (posición de garante); ii) con su actividad se incrementó el riesgo permitido (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado); o iii) se estaba dentro del ámbito de protección de una norma de cuidado.
>
> "Los anteriores ingredientes normativos y jurídicos tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales –propias de las ciencias naturales– frente a la asignación de resultados en las ciencias sociales (v.gr. el derecho). Por lo tanto, la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.[169]

Finalmente, el 9 de junio de 2010, en el expediente 19.312, el Consejo de Estado aplicó la teoría de la imputación objetiva en supuestos de privación injusta de la libertad, así:

> "En consecuencia, en los términos de la teoría de la desobediencia civil[170], no puede reprochársele a una persona que obró de manera legítima frente a lo que se cataloga como una consecuencia injusta, que se adecúe y obre conforme a la misma; una postura contraria supondría atribuirle el daño a quien precisamente lo padeció, pues es

---

[169] Consejo de Estado, Sección Tercera, sent. de 18 de febrero de 2010 (exp. 18.274).

[170] "Aquellos, quienes a la vez que desaprueban el carácter y las medidas de un gobierno, le entregan su respaldo, son sin duda sus más conscientes soportes y con frecuencia el obstáculo más serio a la reforma." Cita extraída del texto clásico titulado "Desobediencia Civil" de Henry David Thoreau.

> indiscutible que el obrar de la sindicada no fue determinante en la producción del daño antijurídico, y tampoco puede calificarse su actitud como negligente puesto que interpuso de manera oportuna los recursos contra la resolución que le impuso la medida de aseguramiento de detención preventiva, y que en segunda instancia fue sustituida por la detención domiciliaria.
>
> "En esa línea de pensamiento, resulta de apodíctica verdad que el actuar de […] no configuró, en los términos de la imputación objetiva, una culpa exclusiva y determinante de la víctima o acción a propio riesgo[171], toda vez que el hecho abstenerse y, concretamente, resistirse a pagar la caución impuesta no imponía el deber de realización del daño en su cabeza, sino que, por el contrario, las medidas restrictivas impuestas por el Estado en aras de la tramitación de un proceso penal no salen de su órbita de cuidado; circunstancia distinta hubiera acaecido si la sindicada hubiera sido negligente o desatendida en los términos establecidos en el artículo 70 de la ley 270 de 1996 –LEAJ–[172], esto es, que hubiera obrado con dolo o culpa grave, o que no hubiere interpuesto los recursos procedentes.
>
> "Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda sin que haya lugar a reducción de la condena por una graduación o concurrencia de culpas, toda vez que, tal y como se puntualizó, el comportamiento de la víctima no fue determinante en la producción del daño antijurídico imputable a la entidad demandada, sino que, por el contrario, la privación de la libertad se originó en el proceso penal seguido en contra de Martha Elsa Fonseca, en el que se le absolvió en virtud de que no constituyó hecho punible su actuación."

De lo expuesto, se advierte que en la sentencia de unificación era necesario que se relacionaran algunas de las innumerables providencias en las que la responsabilidad patrimonial del Estado se ha valido de la imputación objetiva para definir y delimitar la imputación fáctica en supuestos de diversa índole, toda vez que esta Corporación ha sido constante y firme, desde hace varios años, en utilizar esta argumentación al momento de decidir asuntos de esta naturaleza.

---

[171] "Se parte del punto de vista de que la vida en sociedad no se regula con base en la determinación de relaciones de causalidad; se forma mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad. La misión de la teoría de la imputación radica en precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque un suceso puede ser explicado como obra exclusiva de un autor, o como obra exclusiva de la víctima o como obra de ambos, o como un suceso fortuito o accidental. Es decir, "la víctima" también puede ser objeto de imputación… Si al momento de la realización del riesgo es ella [la víctima] quien tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol…" LÓPEZ, Claudia "Introducción a la imputación objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 149 y 150.

[172] "El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado."

2. De otro lado, en el capitulo denominado “perjuicios por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados” contenido en la providencia objeto de la aclaración de voto, era igualmente preciso y fundamental, relacionar o hacer referencia a las decisiones de la Sección Tercera de esta Corporación en donde se ha señalado y reconocido de manera concreta la afectación a bienes jurídicos constitucionales y convencionales en aras de evidenciar que esta argumentación y la consolidación de esta ipología de bien jurídico inmaterial, ha sido ampliamente admitida por el Consejo de Estado, Sección Tercera.

En efecto, e la sentencia del 18 de marzo de 2010, expediente 32.651, esta Corporación reconoció, por primera vez, la afectación de derechos de raigambre constitucional de un menor de edad, centrándose en la afectación en el orden constitucional, esto es, el derecho a la familia contenido en el artículo 42 de la Carta Política. En esta decisión se condenó por “concepto de perjuicio por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales”.

Posteriormente, en la providencia del 9 de junio de 2010, expediente 19.283, la Sala acreditó la vulneración al bien jurídico constitucional del cual hacen parte los derechos fundamentales al honor, buen nombre y honra, en el caso de una persona privada injustamente de su libertad.

Ahora bien, en la sentencia del 4 de mayo de 2011, expediente 19.355, la Sala Plena de la Sección Tercera, por primera vez, impuso medidas de justicia restaurativa conforme al principio de *restitutio in integrum* y de reparación integral, en consideración a que el daño provino de graves violaciones a derechos humanos y vilneración significativa de derechos fundamentales.

En similar sentido, en las sentencias gemelas de unificación del 14 de septiembre de 2011, la Sala de la SecciÓN Tercera discurrió de la siguiente manera[173]:

> “En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica[174]. Por lo tanto, no es

[173] Consejo de Estado, Sección tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222.

[174] “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

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

"Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima "a igual daño, igual indemnización"[175].

"En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

"Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –:

"i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

"ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal[176].

---

[175] "En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico "debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado." ROZO Sordini, Paolo "El daño biológico", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

[176] "Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de

> "Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. **En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o** afectación **a la integridad psicofísica"** y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.
>
> "Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.
>
> "Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearon las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.
>
> "En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; **y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación –siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre).**

Asimismo, en sentencia del 25 de abril de 2012, expediente 21.861, se condenó al Estado por los daños causados a una mujer por una infección con un dispositivo intrauterino. En esta providencia se realizaron consideraciones sobre el derecho de

---

contenido económico." GIL Botero, Enrique "Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación", pág. 10.

género, la individualidad de la mujer, su identidad y sus condiciones particulares, y se decretaron medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición en aras de amparar el núcleo esencial del derecho fundamental que fue gravemente lesionado.

Igualmente, en sentencia de unificación del 1° de noviembre de 2012, expediente 1999-0002, la Sla de la Sección Tercera, reconoció la vulneración y afectación a bienes jurídicos constitucionales en los siguientes términos:

> "Así las cosas, como consecuencia de la catástrofe ambiental se produjo un daño en los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, la filosofía incorporada por la constitución política de 1991 en materia de responsabilidad civil extracontractual es la de imponer en cabeza de las autoridades públicas una obligación de carácter indemnizatorio por cualquier daño que se cause sobre un bien jurídicamente protegido. De forma tal que el juez como operador jurídico, apelando a la categorización de perjuicios inmateriales opta por ordenar un resarcimiento haciendo una diferenciación de los derechos conculcados.
>
> **"Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se** reconoce **la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la sala plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial.[177] De igual manera, se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad[178].**
>
> "Por consiguiente, la falla del servicio del Distrito sí produjo un daño referido a la violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre de los demandantes, circunstancia por la cual se declarará la responsabilidad y se reconocerá la indemnización precisada y, por último, se adoptarán de oficio medidas de justicia restaurativa, en aras de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados".

Es así mismo, importante, destacar el pronunciamiento del 13 de febrero de 2013, expediente 25.119, en el que se incrementó el monto de los eprjuicios morales por la

---

[177] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, M.P. Enrique Gil Botero. De igual forma, se pueden consultar las siguientes providencias: del 18 de marzo de 2010, exp. 32651.

[178] Se pueden consultar las siguientes providencias: del 18 de marzo de 2010, exp. 32651 y del 9 de junio de 2010, exp. 19283.

vulneración del derecho fundamental a la libertad y autonomía personal en una caso de privación injusta de la libertad, pues se encontraba probada la lesión antijurídica al derecho fundamental y, por lo tanto, era pertinente el resarcimiento a título de perjuicio inmaterial de esa garantía esencial de forma autónoma e independiente.

En ese sentido, en providencia de unificación del 25 de septiembre de 2013, expediete 36.460, la Sala Plena de la Sección Tercera estableció el tope de liquidación de los perjuicios inmateriales, en aplicación del artículo 97 Código Penal, cuando el daño antijurídico tenga su origen en la comisión de una conducta punible, bien que se trate o no de una grave lesión o vulneración de los derechos humanos. En relación con la afectación a bienes de raigambre constitucional, esta decisión señaló:

> "…toda vez que al haberse acreditado que el núcleo cercano (padres y hermanos) del occiso Alex Ariol Lopera Díaz, en virtud del daño antijurídico se vieron forzados a adoptar medidas de protección familiar, desplazamiento, etc., ello significa que los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar el domicilio y el arraigo, se vieron seriamente afectados, circunstancia por la que las sumas otorgadas por el a quo, se compadecen con la afectación autónoma de los bienes constitucionales lesionados por la configuración del daño antijurídico.
>
> **Por consiguiente, en atención a la grave violación de los derechos constitucionales a la familia y a la libertad de fijar domicilio y residencia, y por provenir esa** afectación **de la comisión de un ilícito penal (art. 97 C.P.), se reconocerán a título de reparación las siguientes sumas de dinero…"**

De las providencias transcritas se advierte claramente que la identificación de la vulneración o afectación a bienes constitucionales como razón de la reparación de perjuicios, no es un tópico novedoso en la jurisprudencia del Consejo de Estado, por tal razón, era necesario y útil que la providencia de unificación en la que aclaro voto, relacionara por lo menos algunas de las decisiones que sirven de precednte jurisprudencial en el tema en cuestión, que ya estaba por demás unificado.

3. De otra parte, no comparto en manera alguna la afirmación contenida en la página 35 dela providencia, pues la exigencia del principio de proporcionalidad para la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño, es un grave error, En efecto, se dice en la sentencia:

> **"Dicha tendenciag es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero** ampliando **la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de**

garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico y así motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: 'Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro'…"

Es necesario poner de presente que la aplicación del principio de proporcionalidad o de ponderación es inadecuado e improcedente pues en el supuesto analizado en la providencia no se trata de solucionar una tensión o conflicto entre principios, valores o derechos fundamentales que entran en pugna, ni tampoco se pretende definir los deberes jurídicos impuestos al legislador desde la Carta Política en la determinación de la constitucionalidad de una ley.

La doctrina autorizada sobre la materia ha puesto de presente la función del principio de proporcionalidad, al precisar:

"El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional. **A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervinen en el** ámbito **de los derechos fundamentales.** En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales dede cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera:

"1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

"2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que resviste por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

"3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido extrcito, la importancia de los objetivos perseguido por toda la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En tros términos, lasventajas que se obtinen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios qie ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

> "Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucinoal.
>
> "**Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando el** Tribunal **Constitucional lo aplica, indaga si el acto que se controla persigue un próposito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o opr lo menos para promover su obtención**. Posteriormente, el Tribunal verifica si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por ultimo, evalúa si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.
>
> "(…) **El principio de proporcionalidad cumple la función de estrcturar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de** dicho **contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes.** De este modo, este principio opera como un criterio metodológico, mediante el cual se pretende establecer qué deberes jurídicos imponen al legislador las disposiciones de los derechos fundamentales tipificadas en la Constitución. **El significado de esta función sólo puede comprenderse cabalmente sobre la base del entendimiento previo de la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes, tal como observaremos a continuación".**[179] (Se destaca).

De lo transcrito se advierte que el principio de proporcionalidad es un criterio metodlógico que permite establecer cuáles son los deberes jurídicos que imponen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su aplicación se realiza a través de los tres subprincipios mencionados –idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido-, el primero de ellos, se relaciona con que la intervención en los derechos fundamentales debe ser "*adecuada*" para conseguir un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, se refiere a que la medida de intervención debe ser la mas "*benigna*" entre todas las que pueden ser aplicadas, y el tercer y último sobprincipio, atañe a las ventajas de la intervención en los derechos fundamentales las cuales deben "*compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad".*

---

[179] BERNAL Pulido, Carlos "El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pás. 37 a 39 y 77.

En el subprincipio de proporcionalidad se desarrolla el método de la ponderación[180], como un tipo de juicio mediante el cual se determina cuál derecho o principio debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales o principios. Esta técnica contiene tres elementos que la estructuran y desarrollan: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación[181]. El primero se explica así: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[182]. El segundo elemento hace refencia a una fórmula matemática en la cual se les atribuye a unas variables un valor numérico que permite calcular el peso de los principios enfrentados. Finalmente, el tercer elemento consiste en las cargas argumentativas que los principios tienen "per se" y se utilizan si con la fórmula del peso existe un empate entre los principios enfrentados[183].

De otro lado, la jurisprudencia constitucional vernácula ha empleado el rpincipio de proporcionalidad, principalmente, para definir la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en la órbita de derechos fundamentales o para definir cuándo existe una vulneración al principio de igualdad.

En efecto, sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

> "Cabe recordar que en relación con el concepto de proporcionalidad a que hace referencia la jurisprudencia citada, la Corporación ha precisado que para que un trato desigual guarde armonía con el artículo 13 constitucional debe demostrarse que la norma analizada es (1) adecuada para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesaria, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionada en sentido estricto, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato[184]. De esta forma el principio de proporcionalidad busca que la medida sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.
>
> Así mismo y sin que con ello la Corte renuncie a sus responsabilidades o permita la supervivencia en el ordenamiento de regulaciones

[180] La ponderación es el "procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión. En la ponderación son tenidos en centa todos los argumentos que juegan a favor y en contra de la prevalencia de cada uno de los principios en conflicto y se determina cuál de ellos tiene mayor peso en el caso concreto" Ibídem, pág. 575.
[181] BERNAL Pulido, Carlos. El derecho de los derechos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005 pág. 99.
[182] Cita de Robert Alexy dentro del texto de Carlos Bernal Pulido. Ibídem pág. 99.
[183] Ibídem, p. 101 a 103.
[184] Sentencia C-022 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

> inconstitucionales, ha buscado racionalizar el examen constitucional a fin de respetar la potestad de configuración de los órganos políticos, modulando la intensidad del juicio de proporcionalidad. En este sentido ha concluido que en aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia potestad de apreciación y configuración el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege. Por el contrario, en aquellos asuntos en que la Carta limita la discrecionalidad del Congreso, la intervención y control del juez constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución. En esas situaciones, el escrutinio judicial debe entonces ser más estricto, por cuanto la Carta así lo exige.[185]

Como se aprecia, el principio de proporcionalidad sirve para solucionar colisiones nomoárquicas o de derechos fundamentales, comoquiera que la pugna entre preceptos jurídicos se resuelve a tráves de los métodos hermenéuticos tradicionales, específicamente con la validez del otro, motivo por el que es preciso acudir a instrumentos como la ponderación o la proporcionalidad para determinar cuál tiene un mayor peso y, por lo tanto, cuál debe ceder frente al otro en casos de tensión o en hipótesis de intervenciones o limitaciones contenidas en las leyes.

La anterior circunstancia fue puesta de presente por el profesor Robert Alexy, en los siguientes términos:

> "Las colisiones de principios deber ser solucionadas de manera totalmente distintas. Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado no que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios procede al otro… Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión dela validez, en la dimensión del peso."[186]

En ese orden de ideas, el manejo del principio de proporcionalidad que se refleja en la sentencia es inadecuado, ya que no está orientado a solucionar una tensión o solisión de principios o de derechos fundamentales, y muchos menos a determinar la constitucionalidad y legitimidad de una intervención del legislador.

---

[185] Corte Consitucional, sentencia C-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

[186] ALEXY, Robert "Teoría de los Derechos Fundamentales", Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 89.

4. Ahora bien, como lo puse de presente en el debate en el proyecto, considero que en el caso en concreto se debrió analizar la posibilidad de decretar una graduación de responsabilidades por la concurrencia del comportamiento de la víctima en la producción de los hechos.

En efecto, si bien tratándose de los daños irrogados a sujetos de especial protección constitucional (v.gr. menores de edad, adolescentes, jóvenes infrctores de la ley penal, etc.) existe una responsabilidad reforzada, lo cierto es que en el caso concreto se debió valorar con mayor enfásis y rigor el comportamiento de la víctima, toda vez que se expuso de manera irresponsable al daño al fugarse del centro de reclusión.

En esa perspectiva, al margen de que comparta los criterios de reiteración de unificación de jurisprudencia en relación con perjuicios morales, discrepo de la construcción del juicio de imputación en el caso *sub lite*, puesto que se asumió como un hecho indiscutible que no era posible que el joven occiso pudiera evadirse del centro de resocialización.

5. De otra parte, considero que los daños inmateriales padecidos por miembros de familiar de crianza y homoafectivas –con independencia de su ausencia de prueba de parentesco o filiación (v.gr. registro vicil). Deben ser liquidados en los niveles 1 y 2, sin que puedan ser relegados al 5° nivel como terceros damnificados, puesto que al margen de que no exista o no se aporte la prueba que acredite el parenrtesco, lo cierto es que no puede desconocerse la fuerza vinculante de las relaciones que se generan a partir de estructuras o esquemas de solidaridad y apoyo mutuo circunstancia por la que sería injusto y se desconocería el principio de reparación integral de llegarse de indemnizar este tipo de eventos con la suma de 15 smlmv, en vez de 100 o 50 smlmv.

Relacionado directamente con el análisis de imputación, me aparto de la decisión mayoritaria al haber ordenado medidas de justicia restaurativa en el cao concreto, toda vez que no se trataba de una grave violación a derechos o la afectación a un derecho fundamental en sus dimensiones objetiva y subjetiva, lo que genera a todas luces que se trivialicen este tipo de mecanismos de reparación encaminados al restablecimiento del núcleo esencial de los derechos vulnerados.

Así als cosas, estoy convencido que el abuso de las medidas de justicia restaurativa por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo diluye su importancia y, por ende hace

que se pierda su valor de restablecimiento del núcleo esencial de los derechos conculcados, con miras a que este tipo de hechos no se repitan con posterioridad.

Existe un ánimo desbordado de llevar el análisis de la responsabilidad del Estado al ámbito de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos para, a partir de allí, integrar vía el principio de control de convencionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a todos los procesos objeto del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que puede implicar dos consecuencias desafortunadas: i) desplazar en su totalidad el ordenamiento (legal y jurisprudencial) interno por los parámetros fijados internacionalmente (v.gr. inaplicar disposiciones del C.P.C., C.G.P., o del C.P.A.C.A., etcC), y ii) restar eficacia a las medidas de reparación integral diseñadas, *prima facie*, para restablecer eld año derivado de una grave violación a derechos humanos o a derechos constitucionales, principalmente, fundamentales.

En los anteriores términos dejo sustentada mi posición.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO
Fecha ut supra