



Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja

Tunja, 19 de mayo de 2017

Radicación: 1500133330102017-00189-00
Demandante: Yeison Fabián Martínez González – Nury Angélica Bernal Castañeda- Salma Florela Martínez – Ángela Sofía Martínez Rodríguez – Cristófer Martínez Rodríguez -María Odilia González
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar
Medio de control: Reparación Directa

Como quiera que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Juzgado a emitir sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia de la siguiente manera:

I. LA DEMANDA

1.1. Las pretensiones (fls. 2-4) de la demanda se transcriben así:

1. Que se declare al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, responsable por la muerte de la menor EVELIN SAMANTA MARTINEZ BERNAL.
2. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad, se condene patrimonialmente al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, y se le ordene pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de daños morales:

NOMBRE DEL PERJUDICADO	RELACION CON LA VICTIMA	SALARIOS	EQUIVALENTE
Nury Angélica Bernal Castañeda	Madre	100 (cien)	73.771.700 (setenta y tres millones setecientos setenta y un mil setecientos pesos)
Yeison Fabián Martínez González	Padre	100 (cien)	73.771.700 (setenta y tres millones setecientos setenta y un mil setecientos pesos)
Salma Florela Martínez	Hermana	50 (cincuenta)	36.885.850 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta pesos)
Cristófer Martínez Rodríguez	Hermano	50 (cincuenta)	36.885.850 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta pesos)

Ángela Sofía Martínez Rodríguez	Hermana	50 (cincuenta)	36.885.850 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta pesos)
María Odilia González	Abuela paterna	50 (cincuenta)	36.885.850 (treinta y seis millones ochocientos ochenta y cinco mil ochocientos cincuenta pesos)

3. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad, se condene patrimonialmente al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y se ordene pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de daños materiales:

NOMBRE DEL PERJUDICADO	RELACION CON LA MENOR FALLECIDA	MONTO SOLICITADO
Yeison Fabián Martínez González	Padre	\$137.792.485 (ciento treinta y siete millones setecientos noventa y dos mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos)
Nury Angelica Bernal Castañeda	Madre	\$137.792.485 (ciento treinta y siete millones setecientos noventa y dos mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos)

4. Se condene en costas a la parte demandada.

1.2. Fundamentos fácticos y jurídicos. El Despacho los resume así:

- Los señores YEISON FABIAN MARTINEZ y la NURY ANGELICA GONZALEZ, mantuvieron una relación de la cual nacieron las menores hijas SALMA FIORELA MARTÍNEZ y EVELIN SAMANTA MARTINEZ BERNAL.
- La menor MARTINEZ BERNAL, (q.e.p.d.) en valoración médica realizada el 11 de marzo de 2016 (ultima practicada antes de ingresar al hogar sustituto), mostró signos normales de su edad.
- Debido a factores personales como la preparación de una vivienda adecuada y la solución de conflictos familiares entre los padres, la menor fallecida fue puesta bajo la protección del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, quedando bajo la protección del ICBF en la modalidad de hogar sustituto asignándole a la madre MARIA EMMA PARRA NIÑO.
- Debido a la conducta ejemplar que estaban mostrando los padres y a su deseo de tenerla bajo su cuidado, el ICBF decidió que se haría el retorno al núcleo familiar el día 28 de julio de 2016.
- Según lo indica la señora MARIA PARRA, en declaración rendida ante la entidad

demandada el día 01 de agosto de 2016, la menor permaneció la noche del 27 de julio y la mañana del 28 de julio con una escasa supervisión por parte de la cuidadora, siendo monitoreada solo una vez a las tres de la mañana.

- Sostiene que entre las tres de la mañana y la hora en que se advierte que la menor no se movía, pasaron aproximadamente tres horas y media, durante las cuales la única compañía fue su hermana de la misma edad.

- A las siete y cincuenta de la mañana (7:50 a.m.) del día 28 de julio de 2016, fue ingresada sin signos vitales a la ESE Hospital San Rafael de Tunja, según el triage Urgencias.

- El Instituto Nacional de Medicina Legal en el informe pericial de necropsia correspondiente a la menor EVELIN SAMANTA, determinó como conclusión pericial de la causa de muerte “presenta una lesión única en la lengua tipo equimosis que sugiere considerar que esta menor hubiese podido presentar un “episodio convulsivo” que se produjo en las horas de la noche.

1.3. Fundamentos jurídicos. El Despacho los resume así:

Sostiene la parte actora que es evidente que la señora MARIA EMMA PARRA NIÑO estaba vinculada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la época de los hechos, desempeñándose como madre sustituta de la menor, lo cual se comprueba con las certificaciones allegadas al plenario, por lo cual se encuentra demostrada la legitimación en la causa.

En cuanto al título de imputación, sostiene que el Consejo de Estado en casos especiales como cuando se investiga la conducta de agentes estatales con respecto a sujetos de especial protección constitucional, es el de responsabilidad objetiva.

En cuanto a los elementos que conforman la responsabilidad del ICBF, indica que el daño está probado en el caso de cada uno de los familiares, pues se demuestra que ésta murió bajo el cuidado del ICBF y no están obligados a sopórtalo y tenían una relación directa con la víctima y el daño moral se presume.

Frente al nexo de causalidad sostuvo que la menor EVELIN SAMANTA estuvo bajo el cuidado de un agente al servicio de la entidad demandada, que esa entidad es la encargada de velar por la protección de la niñez y asume una posición de garante con respecto a los infantes que son puestos a su cargo; que de acuerdo con el informe de necropsia, la menor hubiese podido presentar un episodio convulsivo durante el sueño y no presenciado por los cuidadores, que de haber sido presenciada por la madre sustituta la hubiera podido llevar a un centro médico.

En cuanto a la falla en el servicio sostiene que hubo una negligencia y desatención de los deberes que tenía el ICBF y la señora EMMA PARRA, en lo que respecta a la atención de la víctima directa; que del formulario de solicitud de familias sustitutas y amigas del ICBF, del 17 de marzo de 2009, correspondiente a la señora María Parra, quedo establecido que el tiempo disponible diariamente para la atención de los niños y niñas del hogar es de 24 horas al día.

Que de acuerdo con el acta de ubicación de la menor, el ICBF adquirió las obligaciones del cuidado personal de manera provisional de la menor, proteger su integridad física, emocional, mental, moral y material.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls. 83-92).

Señala que se opone a la totalidad de las pretensiones, por considerar que no existe fundamento factico ni jurídico que conlleve a la declaratoria de responsabilidad por parte del ICBF, y como consecuencia no hay lugar al reconocimiento de perjuicios.

Propuso como excepciones las que denominó:

1. **FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA:** indica que el hogar sustituto es una modalidad familiar de atención para el restablecimiento de derechos que consiste en “la ubicación del niño, la niña o adolescente, en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen” no se comprueba una relación material o fáctica entre el fallecimiento y la actuación del ICBF ya que como se logra evidenciar, los funcionarios actuaron conforme lo estipula la ley 1098 de 2006.

Sostiene que con las actuaciones señaladas se prueba que los funcionarios del ICBF en ningún caso actuaron desconociendo la atención que requería la menor EVELIN SAMANTHA MARTINEZ BERNAL, razón por la cual carecería el ICBF de legitimación en la causa por pasiva, ya que el apoderado de la parte demandante alega que la señora María Emma Parra estaba vinculada con el ICBF, y que de conformidad con el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006, no existe ningún vínculo laboral con ella.

2. FALTA DE INTEGRACION DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.

Señala que la demanda se incoa solo contra el ICBF, dejando de lado a la EPS COMFABOY quienes fueron los que realizaron seguimiento médico a la menor EVELIN y de haber manifestado a la madre sustituta que teniendo en cuenta su estado de salud requería de cuidados especiales, se hubiese realizado.

Sin embargo, por carecer de estos elementos, quien cuidaba de la niña siguió de manera estricta las indicaciones señaladas y en ningún momento se advirtió que se tuviesen que adoptar unos cuidados adicionales, entonces es la EPS quién también debe ser llamada a formar parte pasiva del litigio.

3. INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL Y DE MALA FE.

Sostiene que el hogar sustituto es un servicio social y que frente a la atención de la menor siempre atendió las recomendaciones, sin que se advirtiera la necesidad de un monitoreo permanente y especial a favor de EVELIN SAMANTHA MARTÍNEZ, lo único que se observó es que en consideración al parto gemelar y la ausencia de cuidados que requería la madre debido a un embarazo múltiple, se afectó a las niñas y la consecuencia se reflejó en el bajo peso, el cual se mantuvo desde su nacimiento y las recomendaciones iban dirigidas a que se utilizaran suplementos alimenticios, lo cual efectivamente se realizó.

No existe ningún nexo de causalidad en el hecho que causó la muerte de EVELIN, por lo cual no se le puede imputar el daño antijurídico sufrido al ICBF, por lo cual señala que como no se logran demostrar los elementos de la responsabilidad solicita se declare probada la excepción con base en las pruebas aportadas al proceso.

4. ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURIDICO:

Sostiene que los hechos fueron completamente ajenos al ICBF ya que no existe prueba alguna que involucre a algún funcionario como responsable de la muerte de la menor, que teniendo en cuenta el material probatorio probablemente el caso EVELIN se debió a lo que clínicamente se denomina “muerte súbita”; lo cual rompe la formación del nexo causal entre el daño y las actuaciones u omisiones de la administración por fuerza mayor como causa única, exclusiva y determinante del daño.

Finalmente indica que respetando la aflicción y el dolor que produce la pérdida de un hijo y un hermano, deja expresa constancia que en la historia de atención de la menor se evidencia un descuido familiar que dio origen a la compleja situación de la menor que podría en un caso haber configurado los antecedentes y origen de la muerte. En consecuencia no está llamada a ser reconocida ninguna indemnización.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (fls. 152 a 155).

Señala que no se comprueba la relación material o fáctica entre el lamentable fallecimiento de la menor EVELIN SAMNATA MARTINEZ BERNAL y la actuación del ICBF, ya que no tuvo ninguna participación en la creación de la situación jurídica que constituye el objeto del litigio, no existe soporte de una negligencia por parte de alguno de los servidores de ese Instituto.

Sostiene que teniendo en cuenta el material probatorio, la muerte de Evelin Samantha se debió a lo que clínicamente se denomina “muerte súbita”, con lo cual se concluye que no existe nexo entre la realización del hecho que causó la muerte, razón por la cual al Estado no se le puede imputar el daño antijurídico.

Indica que la declaración del médico forense es clara en asegurar que la muerte súbita no es previsible y no existen cuidados que hubiesen podido evitar el fatídico desenlace.

Reitera argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3.2. PARTE DEMANDANTE (fls. 156)

Solicitó acceder a las pretensiones de la demanda pues las excepciones propuestas por la demandada no tienen vocación de prosperidad, que permitan desligar a la entidad de su obligación de indemnizar el daño antijurídico que su omisión ha causado.

En cuanto a la excepción de inexistencia del nexo causal y mala fe, sostiene que el Consejo de Estado ha explicado de forma pacífica en su jurisprudencia que el ICBF es responsable por los daños antijurídicos causados por la omisión de la señora Maria Emma Parra, pues fue esta entidad quien seleccionó y estuvo de acuerdo con el cuidado que la señora Parra brindó a la menor fallecida.

IV. TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda fue radicada el 31 de octubre de 2014 (fl. 14) ante los Juzgados Administrativos del Circuito de Tunja, correspondiéndole por reparto al Juzgado Quince Administrativo de Tunja, despacho que admitió la demanda el 23 de noviembre de 2017 (fl. 61), en tanto que el proceso fue remitido a este despacho judicial el 11 de enero de 2018 (fl. 80).

El 25 de julio de 2018, se celebró la audiencia inicial decretando las pruebas solicitadas por las partes (fl. 105-109) las cuales se recaudaron en la audiencia pruebas el 10 de octubre de 2018 (fl. 141-144), la cual suspendió y se reanudó el mismo día en las horas de la tarde, prescindiendo de la audiencia de alegaciones y juzgamiento e indicándole a las partes que presentaran por escrito dentro de los 10 días siguientes los alegatos de conclusión (fl. 145-146)

Cabe señalar que el apoderado de la parte actora, culminada la etapa probatoria y luego de que el despacho ordenara el traslado para presentar alegatos de conclusión, solicitó que se le concediera el término de 10 días para aportar dictamen al proceso y se suspendiera en consecuencia el término para presentar alegatos conclusivos, con el fin de contradecir el dictamen pericial rendido en el proceso.

Si bien el despacho guardó silencio frente a dicha petición, debido a que el proceso se encontraba en secretaría en el transcurso del término concedido, era palmaria la improcedencia de la solicitud dado que la etapa probatoria ya había fenecido y con ella el término de traslado para efectos de la contradicción de la pericia, que fue concedido dentro de la audiencia de pruebas llevada el 10 de octubre de 2018, en los términos dispuestos en el artículo 220, numeral 3º del CPACA, de modo que la oportunidad procesal para la contradicción de la pericia notoriamente había precluido.

V. DEL MATERIAL PROBATORIO

Dentro del plenario se destacan como pruebas relevantes las siguientes:

- 1). Registro Civil de Nacimiento de EVELIN SAMANTA MARTINEZ BERNAL (fl.15).
- 2). Registro Civil de Nacimiento de YEISON FABEN MARTINEZ GONZALEZ (fl.16).
- 3) Registro Civil de Nacimiento de SALMA FIORELA MARTINEZ BERNAL (fl.17).
- 4) Registro Civil de Nacimiento de ANGELA SOFIA MARTINEZ RODRIGUEZ (fl.18).
- 5) Registro Civil de Nacimiento de CRISTOPFER FABIAN MARTINEZ RODRIGUEZ (fl.19).
- 6) Registro Civil de Nacimiento de MARIA ODILIA GONZALEZ CARVAJAL (fl.20).
- 7) Registro Civil de Nacimiento de NURY ANGELICA BERNAL CASTAÑEDA (fl.21).
- 8) Registro Civil de Defunción de EVELIN SAMANTA MARTINEZ BERNAL (fl.22).
- 9). Informe Pericial de Necropsia No 2016010115001000156 (fl. 23-26).
- 10) Valoración Nutricional del 11 de marzo de 2016 (f. 33)
- 11) Auto de apertura de proceso de restablecimiento de derechos ICBF de 31 de marzo de 2016 (fl. 34)
- 12) Acta de ubicación del niño (a) en hogar sustituto del 31 de marzo de 2016 (fl. 35)
- 13) Carnet de salud infantil (fl. 36)

- 14) Seguimiento de niños, niñas y adolescentes según PARD del 30 de junio de 2016 (fl.37).
- 15) Auto 124 terminación de ubicación en hogar sustituto (fl. 38).
- 16) Memorando de 29 de julio de 2016, informe PARD niña EVELIN SAMANTA MARTINEZ BERNAL, suscrito por el Defensor de Familia (fl. 39-42).
- 17) Acta de reunión con madre sustituta seguimiento No 001 (fl. 43-44)
- 18) TRIAGE URGENCIAS ESE Hospital San Rafael de Tunja (fl. 45)
- 19) Formulario de solicitud familias sustitutas (fl. 46-47)
- 20) Certificación suscrita por la Coordinadora del Centro Zonal Tunja 2 (fl. 49)
- 21) Respuesta a petición SIM 1761028515 de 01 de noviembre de 2017, suscrita por la Subdirectora de Restablecimiento de Derechos del ICBF (fl. 54-56).
- 22) Dictámenes Periciales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, radicados el 24 de agosto de 2018 (fl. 126-133).
- 23) Cabe señalar que dentro de la audiencia de pruebas llevada a cabo el 10 de octubre de 2018, la parte demandada desistió de los interrogatorios de parte que solicitó en la contestación de la demanda (fl. 145 vto) petición que fue aceptada por el despacho.
- 24: Testimonios recaudados en la audiencia de pruebas celebrada el 10 de octubre de 2018 de MARIA EMMA PARRA NIÑO (minutos 13:16-42:45), JULIO HERNANDO GRANADOS RODRIGUEZ (min 46:30-1:11:35). RUSBY EUNICE TOVAR AYALA (min 1:14:38 -1:33:58).
25. La sustentación y contradicción del dictamen pericial relacionado en el numeral 22, se llevó a cabo en audiencia de pruebas realizada el 10 de octubre de 2018 (min 8:07 – 1:00:38)

Se decide previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Problema Jurídico

Conforme quedó expuesto en la audiencia inicial celebrada el 25 de julio de 2018 (105-109) corresponde en este proceso determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF- es administrativa y extracontractual responsable por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados a los demandantes y que se produjeron con ocasión de la muerte de la menor EVELIN SAMANTA MARTINEZ BERNAL, acaecida el 28 de julio de 2016.

6.2. Título de imputación

Aunque el demandante sostiene que el presente caso debe enmarcarse dentro de la responsabilidad objetiva, el despacho difiere de dicha aseveración por cuanto el Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos con similares fundamentos facticos y jurídicos, ha señalado que los casos como este han de analizarse bajo el título de imputación de falla en el servicio¹, de algunos de dichos pronunciamientos el despacho destaca:

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero Bogotá D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015). Radicación número: 27001-23-31-000-2003-00293-01(33857) Actor: Briceida Gutiérrez y otros Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Acción de Reparación Directa - Condena. Caso muerte de menor que padecía deficiencia mental y al cual se le había solicitado protección al ICBF / niños niñas y adolescentes - Menor de edad: Deber de especial protección. Principio de supremacía del menor / niños niñas y adolescentes - Menor de edad: Menor con actitud de rebeldía. Medidas de protección por ICBF / FALLA DEL SERVICIO - Por omisión en el deber de protección de niño, niña o adolescente, menor de edad

*“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 que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio**, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos², 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 consecuencia, el deber de protección –incluida la obligación de seguridad y protección– era exigible a la entidad demandada; no obstante lo anterior, le era posible exonerarse mediante la acreditación de una causa extraña (v.gr. el hecho determinante y exclusivo de la víctima); sin embargo, en el asunto concreto no quedó establecida esa precisa circunstancia en tanto del acervo probatorio se desprende que era previsible, predecible o altamente probable que dejar un recipiente con agua hirviendo en una zona frecuentada por los niños en las instalaciones del Hogar Comunitario en cuestión y sin la correspondiente supervisión de un adulto pudiere ocasionar alguna afectación a la vida o integridad física de los menores. **Dicha conclusión lleva, además, a deducir, como se indicó precedentemente, la falla en la prestación del servicio en la cual incurrió la entidad demandada por su actuar descuidado o negligente en la producción del hecho dañoso.***

En casos similares a los analizados en el presente asunto, en los cuales se ha declarado la responsabilidad del Estado por los daños causados a personas en incapacidad absoluta -pacientes psiquiátricos-, puestas al cuidado y protección de entidades estatales que deben garantizar su seguridad, vigilancia y custodia³(negrilla del despacho)

Para el despacho resulta claro entonces que en el caso sub judice debe analizarse el título de imputación de falla en el servicio, pues no hay duda de que aquél es el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Por lo tanto se le exige al Estado entonces la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su desidia en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; o por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

² 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 conditio per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D. C., (26) veintiséis de marzo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077) Actor: YANIDIS LUCUMI GUAZA Y OTROS Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

6.3. Régimen Legal y análisis de las funciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Ley 7 de 1979, instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Además, se determinó que una de las entidades principales a cargo del servicio público de Bienestar Familiar sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (establecimiento público), con competencia a nivel nacional.

En materia de protección de la infancia, la niñez y la adolescencia, la Constitución Política estableció diversos principios, derechos y garantías fundamentales, a saber:

- i) El principio de protección constitucional reforzada;
- ii) El principio de interés superior de los niños y niñas y de prevalencia de los derechos de éstos sobre los derechos de los demás (inciso final artículo 44 C.P.)⁴;
- iii) La protección especial a los derechos a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y el amor, a la educación y a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión;
- iii) El deber en cabeza del Estado de protección especial contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, y
- iv) La titularidad de protección de los derechos de los niños y niñas del país por parte de la familia, la sociedad y el Estado⁵.

Corresponde entonces al ICBF, en representación de la organización estatal, velar por la protección y materialización efectiva de las garantías esenciales de los niños y niñas de Colombia, bajo el matiz del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, incorporado al ordenamiento jurídico a través de la ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa.

Precisamente por lo anterior, el Código de Infancia y adolescencia establece varias medidas de protección e instrumentos de salvaguardia para retrotraer los efectos de una conducta lesiva de los derechos de los niños y niñas y de los adolescentes o para hacer cesar la amenaza que pudiere recaer respecto de los mismos.

Sobre el particular, los artículos 7, 8, 17, 18 y 20 se refieren a la protección y derechos de los menores, así:

ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL. *Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.*

⁴ El principio de interés superior de los niños y niñas está incorporado al ordenamiento jurídico a través de la Ley 12 de 1991, aprobatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, de manera concreta en el artículo 3 de esa normativa.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1226 del 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.*

ARTÍCULO 17. DERECHO A LA VIDA Y A LA CALIDAD DE VIDA Y A UN AMBIENTE SANO. *Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.*

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

PARÁGRAFO. *El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia.*

ARTÍCULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. *Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.*

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. *Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

- 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.*

(...)

Así las cosas, el ICBF al advertir la existencia de un estado de peligro o de abandono de un menor, asume el deber de garantía frente a la protección de la vida e integridad física del niño o niña respectivo, para lo cual se deben adoptar las medidas de protección idóneas que garanticen la salvaguarda de los derechos fundamentales del menor bajo circunstancias de amenaza.

En consecuencia, el objetivo y finalidad de la medida de protección no es otro que el de superar la condición de peligro o de riesgo que penda sobre el menor, es decir que sólo resulta procedente revocar o modificar el instrumento cautelar, una vez se hubiere constatado que las condiciones resultan óptimas e idóneas para que el niño o niña pueda retornar a su medio familiar y social. El Código de Infancia y adolescencia al respecto, señala:

ARTÍCULO 51. OBLIGACIÓN DEL RESTABLECIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. *El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.*

ARTÍCULO 52. VERIFICACIÓN DE LA GARANTÍA DE DERECHOS. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> En todos los casos en donde se ponga en conocimiento la presunta vulneración o amenazada los derechos de un niño, niña y adolescente, la autoridad administrativa competente emitirá auto de trámite ordenando a su equipo técnico interdisciplinario la verificación de la garantía de los derechos consagrados en el Título I del II del presente Código. Se deberán realizar:*

1. Valoración inicial psicológica y emocional.
2. Valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación.
3. Valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos.
4. Verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento.
5. Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social.
6. Verificación a la vinculación al sistema educativo.

PARÁGRAFO 1o. *De las anteriores actuaciones, los profesionales del equipo técnico interdisciplinario emitirán los informes que se incorporarán como prueba para definir el trámite a seguir.*

PARÁGRAFO 2o. *La verificación de derechos deberá realizarse de manera inmediata, excepto cuando el niño, la niña o adolescente no se encuentre ante la autoridad administrativa competente, evento en el cual, la verificación de derechos se realizará en el menor tiempo posible, el cual no podrá exceder de diez (10) días siguientes al conocimiento de la presunta vulneración o amenaza por parte de la Autoridad Administrativa.*

PARÁGRAFO 3o. *Si dentro de la verificación de la garantía de derechos se determina que es un asunto susceptible de conciliación, se tramitará conforme la ley vigente en esta materia; en el evento que fracase el intento conciliatorio, el funcionario mediante resolución motivada fijará las obligaciones provisionales respecto a custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el juez competente.*

ARTÍCULO 53. MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS. *Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:*

1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico.
2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado.

3. *Ubicación inmediata en medio familiar.*

4. *Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso.*

5. *La adopción.*

6. *Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.*

7. *Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar.*

PARÁGRAFO 1o. *La autoridad competente deberá asegurar que en todas las medidas provisionales o definitivas de restablecimiento de derechos que se decreten, se garantice el acompañamiento a la familia del niño, niña o adolescente que lo requiera.*

PARÁGRAFO 2o. *En el caso de niños, niñas y adolescentes víctimas de desastres naturales u otras situaciones de emergencia, las autoridades tomarán cualquiera de las medidas establecidas en este artículo y las demás que indiquen las autoridades encargadas de la atención de los desastres para la protección de sus derechos.*

ARTÍCULO 57. UBICACIÓN EN HOGAR DE PASO. *La ubicación en hogar de paso es la ubicación inmediata y provisional del niño, niña o adolescente con familias que forman parte de la red de hogares de paso. Procede la medida cuando no aparezcan los padres, parientes o las personas responsables de su cuidado y atención.*

La ubicación en Hogar de Paso es una medida transitoria, y su duración no podrá exceder de ocho (8) días hábiles, término en el cual la autoridad competente debe decretar otra medida de protección.

ARTÍCULO 58. RED DE HOGARES DE PASO. *Se entiende por Red de Hogares de Paso el grupo de familias registradas en el programa de protección de los niños, las niñas y los adolescentes, que están dispuestas a acogerlos, de manera voluntaria y subsidiada por el Estado, en forma inmediata, para brindarles el cuidado y atención necesarios.*

En todos los distritos, municipios y territorios indígenas del territorio nacional, los gobernadores, los alcaldes, con la asistencia técnica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, organizarán las redes de hogares de paso y establecerá el registro, el reglamento, los recursos, los criterios de selección y los controles y mecanismos de seguimiento y vigilancia de las familias, de acuerdo con los principios establecidos en este código.

ARTÍCULO 59. UBICACIÓN EN HOGAR SUSTITUTO. *Es una medida de protección provisional que toma la autoridad competente y consiste en la ubicación del niño, niña o adolescente en una familia que se compromete a brindarle el cuidado y atención necesarios en sustitución de la familia de origen.*

Esta medida se decretará por el menor tiempo posible de acuerdo con las circunstancias y los objetivos que se persiguen sin que pueda exceder de seis (6) meses. El Defensor de Familia podrá prorrogarla, por causa justificada, hasta por un término igual al inicial, previo concepto favorable del Jefe Jurídico de la Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. En ningún caso podrá otorgarse a personas residentes en el exterior ni podrá salir del país el niño, niña o adolescente sujeto a esta medida de protección, sin autorización expresa de la autoridad competente.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignará un aporte mensual al hogar sustituto para atender exclusivamente a los gastos del niño, niña o adolescente. Mientras dure la medida el Instituto se subrogará en los derechos contra toda persona que por ley deba alimentos al niño, niña o adolescente. En ningún caso se establecerá

relación laboral entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los responsables del hogar sustituto.

Como se indica en los artículos 57 y 59 citados en precedencia, una de las formas de ubicación familiar en Colombia consistía en entregar al menor bajo la modalidad de “hogar sustituto”. En relación con dichos lineamientos, la Corte Constitucional puntualizó⁶:

“Así, la necesidad de brindar una respuesta adecuada a la realidad de las familias que acudían al ICBF para solicitar apoyo para la atención de menores con discapacidad, o en otras condiciones de peligro o amenaza no originadas en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los adultos responsables, llevó a la entidad a adaptar las normas que regulaban las medidas de protección para menores en situación de peligro y a diseñar el programa de hogares biológicos.

“(…) Observa la Sala que en el caso de menores con discapacidad en familias que enfrentan condiciones de extrema pobreza, no se trata, ya, de atender a un menor en una situación de peligro originada en quien está a cargo de su cuidado o que se encuentra en condición de abandono, que eran los presupuestos de las medidas de protección previstas en la ley, sino de menores que están integrados a su grupo familiar, el cual les brinda apoyo y soporte, pero que por sus condiciones particulares, se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad.

“El hogar biológico surgió, entonces, como una medida de apoyo con dos componentes básicos: situación de peligro derivada de la incapacidad y la pobreza, y la pretensión de mantener al menor en su hogar de origen, para lo cual se brinda un subsidio en dinero para la atención de las necesidades del menor, y apoyo y acompañamiento en rehabilitación, nutrición y salud.

Ese programa se caracterizó por su carácter eminentemente temporal, orientado a brindar apoyo a la familia para que pueda, en un cierto lapso, asumir de mejor manera el compromiso y la responsabilidad por el cuidado del menor. No se orienta a hacer frente a la condición clínica del menor, que está a cargo del sistema general de salud, sino a brindar un apoyo a la familia, en atención a sus condiciones de vulnerabilidad, con el objetivo de contribuir a mitigar esas condiciones de manera que, cumplido el periodo previsto para la medida de protección, la familia esté en mejores condiciones para hacerse cargo de las necesidades del menor.

“La práctica administrativa que dio lugar a esta respuesta para la atención de los problemas de los menores discapacitados en hogares altamente vulnerables, fue incorporada por el ICBF a partir del año 2006, en la modalidad de hogares gestores.”

De otra parte, el Consejo de Estado ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de reparación directa, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección del ICBF u Hogar Comunitario o Sustituto vinculado a dicha institución. Sobre el particular, la Corporación ha expresado lo siguiente:

*“En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que **los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana.***

“Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar, controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos también determinados por el I.C.B.F.

(...)

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-608 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

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

“Empero, debe precisarse que la responsabilidad patrimonial del Estado no sólo se estructura sobre las acciones o las omisiones de aquellos que son sus servidores oficiales, sino también por la de aquellos que actúan como sus agentes directos o indirectos que desarrollan una función pública en su nombre y representación.
(...)

“En el asunto sub-examine la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a su nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos y desarrolla en su representación los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Por ende sus acciones o sus omisiones son responsabilidad del Instituto”⁷
(negritas y subrayas fuera de los textos originales).

De conformidad con todo lo anterior, ha de concluirse que siempre que se presente la concreción de daños antijurídicos a los menores que se encuentren bajo el cuidado y protección de los Hogares Comunitarios, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar, siempre que le sean imputables como lo reiteró el Consejo de Estado en sentencia del 3 de junio de 2013⁸

6.4. EL CASO CONCRETO - ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, el Despacho entrará a determinar si se encuentran acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado.

7. DAÑO ANTIJURÍDICO

El Consejo de Estado⁹ ha indicado frente al concepto del daño antijurídico que la definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñada en múltiples sentencias desde 1991¹⁰, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”. De igual manera y conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional, el daño antijurídico se encuadra en los “principios

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de diciembre de 1993, Exp. 8.218, M.P. Julio César Uribe Acosta, posición jurisprudencial reiterada en sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 18.195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez y en la sentencia proferida el 23 de junio de 2011, Exp. 20.324, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera sentencia del 3 de junio de 2013, Exp. 24.884, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C, siete (7) de julio de dos mil once (2011) Radicación número: 23001-23-31-000-1995-37279-01(21294) Actor: Marlen del Carmen Mestra Salcedo Y OTROS Demandado: HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETE E.S.E. Y OTRO

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹¹.

Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹².

Para el caso concreto, el despacho encuentra probado el daño, consistente en la muerte de la menor EVELIN SAMANTA MARTÍNEZ BERNAL, hecho que se encuentra debidamente soportado con la copia auténtica del registro civil de defunción (fl. 22), circunstancia que sin lugar a dudas los demandantes no se encontraban en el deber jurídico de soportar pero que en todo caso no resulta suficiente para edificar la responsabilidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su causación, toda vez que aparte de ello debe establecerse si en el *sub-lite* puede ser atribuido fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, esto es, si se cumple el requisito de la imputabilidad.

En otros términos, el hecho de que se encuentre establecido el daño no significa que el mismo de manera automática sea imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, motivo por el cual el despacho abordará el respectivo análisis y valoración del material probatorio acopiado en el plenario, con miras a establecer si en el caso concreto se produjo la falla del servicio invocada en el libelo introductorio o, si por el contrario, el resultado no deviene imputable o atribuible a la administración pública.

7.1. DE LOS HECHOS PROBADOS

En punto de lo anterior, se iniciará por destacar que dentro del plenario está plenamente demostrado que mediante auto 072 de 31 de marzo de 2016 (fl. 34) el ICBF dio apertura al proceso de restablecimiento de derechos a favor de la menor Evelin Samanta Martínez, en el cual se dispuso:

“... teniendo el reporte de fecha 30 de marzo de 2016 en el cual el patrullero de infancia y adolescencia Daniel Fernando Alfonso, manifiesta en su escrito (...) que la niña se encontraba en situación de abandono, por cuanto la progenitora es descuidada unido a que tiene problemas de agresividad con su compañero sentimental y padre de la niña, razón por la cual se avoco conocimiento de proceso de restablecimiento y se ordenó:

- 1. Realizar verificación de garantía de derechos de la niña conforme lo establece el artículo 52 de la ley 1098 de 2006.*
- 2. Realizar la citación de los padres o cuidadores de la niña para comunicarles el presente auto y escucharlos en declaración.*
(...)
- 5. Ordenar de manera inmediata urgente y provisional la ubicación de la niña en la modalidad de Hogar sustituto.*

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001

¹² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464) Actor: Domingo Barragan Urueña Demandado: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA; SENTENCIA

6. *Ordenar la realización de valoración psicológica para la niña*
7. *Solicitar la realización de estudio socio familiar al hogar de las niñas*
8. *Solicitar la valoración Nutricional para las niñas."*

El 31 de marzo de 2016, la defensoría de familia dispuso decretar la medida provisional de ubicación en medio familiar en la modalidad de hogar sustituto bajo la responsabilidad de la señora MARIA EMMA PARRA NIÑO, mientras se adelantaba el proceso administrativo que garantizara el restablecimiento de los derechos de la menor, y en tal virtud la madre sustituta adquirió las siguientes obligaciones específicas (fl. 35):

1. *Brindar al niño (a) los cuidados necesarios, tener su cuidado personal de manera provisional y proteger su integridad física, emocional, mental, moral y material.*
 2. *Informar de manera permanente al Defensor de Familia, como a los integrantes de la Defensoría de Familia, por lo menos cada mes, acerca del estado general del niño, niña o adolescente.*
 3. *Poner en conocimiento de forma inmediata cualquier situación grave que afecte la integridad del menor de edad.*
 4. *Prever cualquier situación que pueda perjudicar su integridad emocional en su relación con otras personas o evitar peligros físicos en su contra.*
- (...)

Del expediente de la menor que se encuentra en medio magnético a folio 93, se logran extraer las actuaciones que se realizaron para garantizar a la niña el cumplimiento y goce de sus derechos fundamentales, de las cuales se destacan las siguientes:

- El día 11 de marzo de 2016, se llevó a cabo articulación con la Secretaria de Protección Social, para vincular a la niña en el sistema de salud de la ciudad de Tunja. (fl. 18 expediente menor cd visto a folio 93)
- Valoración nutricional de fecha 11 de marzo de 2.016, con indicador antropométrico. PESO AL NACER: 2,650 Gramos, TALLA AL NACER: S. D. cms; PESO ACTUAL 6.310 KGS; TALLA ACTUAL: 67/68 cms; PESO IDEAL 8 Kgs; PC: 43/43 cms; PESO TALLA: 6.3/7.7 Kgs; TALLA IDEAL 69 cms. TALLA /EDAD_ Adecuada IMC: 14/B8
DIAGNOSTICO NUTRICIONAL: RIESGO DE BAJO PESO, DELGADEZ. Se imparten recomendaciones nutricionales, lactancia materna, higiene, sacar cita con medicina general. Valoración realizada por la nutricionista ALBA STELLA MORALES SOLANO (fl. 16-17 expediente menor fl. 93)
- Informe rendido el 30 de marzo de 2016, por el patrullero integrante Grupo de Protección a la Infancia y adolescencia MENTUN, en el que indica que recibió una llamada de una ciudadana donde le indica que hay 2 bebés en estado de abandono y que se dirigió al lugar y logró entrevistarse con los padres de las menores (fl. 28).
- Declaración rendida por el señor Yeisón Martínez, padre de la menor (fl.44)

- Entrevista realizada por Nury Angélica Bernal, quien contaba con 17 años de edad, en calidad de madre de la menor, de la cual se destaca que al parecer padecía de trastornos psicológicos y que estaba medicada pero por el embarazo tuvo que suspender los medicamentos (fl. 46)
- Declaración rendida por Carmenza Caldero, madre de Nury Bernal (fl. 58)
- Solicitud de Valoración psicológica a la menor de fecha 11 de abril de 2016.
- Solicitud de atención médica para la menor (fl. 66)
- Valoración nutricional de fecha 15 de abril de 2016, realizada por la profesional ALBA STELLA MORALES SOLANO, con indicador antropométrico. PESO AL NACER: 2.650 Gramos, TALLA AL NACER: S. D. cms; PESO ACTUAL 6.330 KGS DIAGNOSTICO NUTRICIONAL: BAJO PESO, DELGADEZ, DNT AGUDA, RIESGO DE TALLA BAJA PARA LA EDAD, con respecto a la primera valoración se observa detrimento de su estado nutricional.

En la inspección física se detecta alteración en piel (tono amarillo en palmas de manos y pies) se hace remisión a medicina general con carácter prioritario (fl. 70-72).

- Consulta médica de 19 de abril de 2016, por medicina general (fl. 79)
- Radiografía de caderas sin displacia de caderas (fl. 82)
- Valoración por psicología de fecha 21 de abril de 2016, en la cual se conceptúa por la profesional Dra. LUZ ESPERANZA FAGUA BINILLA: *"... Se observan algunas deficiencias en su desarrollo motor, debido a que la niña es prematura y presenta algunos signos de desnutrición, sin embargo se orienta a la Madre sustituta para que haga estimulación correspondiente para su edad. "* (85-87).
- Resultados de Laboratorio clínico coprológico y orina, en el cual se indica que no se observan parásitos intestinales, fechados el 21 y 22 de abril de 2016 (fl. 89-91)
- Realización de taller de trabajo el día 27 de abril de 2016, con familia Resolución ICBF 2836 del 2.007, en el cual la trabajadora social y defensor de familia imparten a los padres de la niña asesorías sobre el proceso de restablecimiento de derechos, en cuanto a su objetivo y se identifican redes familiares de apoyo, igualmente se fortalece el rol de padres. (fl. 95)
- El día 02 de junio de 2016, se valora a la menor EVELIN SAMANTHA MARTÍNEZ por parte de la profesional Janet Espinosa Garzón y se

indica que las condiciones higiénicas son adecuadas y que en el examen físico no se encuentran alteraciones. La valoración nutricional es DNT Global. Sus signos clínicos muestran normalidad. Próxima cita para el 13 de julio a las 3 pm (fl. 117)

- Seguimiento de fecha 30 de junio de 2016, realizado a la citada menor en Hogar Sustituto por parte de la trabajadora social RUSBY EUNICE TOVAR AYALA, en el cual evidencia que el ultimo control médico realizado a la menor EVELIN SAMANTA MARTÍNEZ, se llevó a cabo el día 10 de junio de 2.016, se médica para manejo de diarrea, suministro de Sulfato Ferroso y vitamina A.

Textualmente se indica en el citado documento lo siguiente: *"Ultimo control Odontológico: No aplica. En trámite cita por pediatría, RX de caderas normales: Hábitos alimentario come todo a sus horas no rechaza ningún alimento, Contacto Familia cada 15 días con progenitores, se evidencia fuerte vínculo paterno filial. Duelos: No aplica. Interés: Comer, dormir, jugar. Habilidades: se evidencia avances en desarrollo psicomotor: Gatea, aplaude, se levanta con apoyo. Emocionalmente se encuentra estable. Proyecto de vida: Reintegro Familiar. Mantiene buenas relaciones con los miembros del hogar"*.

- Valoración psicología de fecha 11 de julio de 2.016, en la cual se conceptúa por la profesional Dra. LUZ ESPERANZA FAGUA BINILLA: *"... Se observan avances positivos en su desarrollo motor. La madre sustituta continúa realizando estimulación correspondiente a su edad. "(fl.142-144)*
- Valoración nutricional de fecha 15 de julio de 2016, por parte de la Dra. JANET ESPINOSA, en cual se evidencian avances en recuperación nutricional y se formulan las recomendaciones del caso. Obra en la historia exámenes clínicos de rutina sin encontrarse novedad médica alguna, los cuales se realizaron en el mes de abril del mismo año, con esquema de vacunación al día así como control de crecimiento y desarrollo. (fl.147)
- Estudio psicosocial del 27 de julio de 2016, en el cual concluyeron que el progenitor tiene las condiciones habitacionales, económicas y sociales para el cuidado y atención de las niñas (fl. 154-160)
- Seguimiento en centro zonal a la menor el día 27 de julio de 2016, de 2 a 3.30 de la tarde, la niña y madre sustituta tienen contacto con la trabajadora social Dra. RUSBY EUNICE TOVAR AYALA; la madre sustituta no reporta con respecto a la niña novedad alguna o signos de alarma, la niña se muestra tranquila, con adecuada interacción social y se imparten a la madre sustituta orientaciones con respecto al traslado de la niña el día 28 de julio del mismo año a las 10:00 de la mañana, para realizar reintegro familiar.

- A folios 179 a 180, obra documento en el cual se deja constancia de los siguientes hechos:

"El día 28 de julio siendo las 7:30 de la mañana se nos informa telefónicamente por parte de la señora madre sustituta MARIA EMMA PARRA NIÑO, que la niña se encontraba en el servicio de urgencias del hospital San Rafal de Tunja muy grave, nos dirigimos al hospital el suscrito y la psicóloga Dra. Esperanza Fagua Bonilla siendo aproximadamente las 8:15 de la mañana en donde se nos informó por parte del cuerpo médico que la niña había fallecido.

No se nos informó causa de fallecimiento, a la fecha no ha llegado dictamen de la Necropsia realizado en medicina legal, la madre sustituta nos informa que el día de los hechos siendo aproximadamente las 7:15 de la mañana, procedió a levantar a la niña para iniciar la rutina diaria y observo que la niña no respondía a sus llamados lo cual la alarmo y procedió de inmediato a llevarla al Hospital San Rafael a servicio de urgencias".

Ahora bien, revisando el informe pericial de necropsia de la menor EVELIN SAMANTA, se evidencia lo siguiente (fl. 23-26):

*"INFORMACIÓN DISPONIBLE AL MOMENTO DE INICIAR LA NECROPSIA
(...)*

Tiene historia de desnutrición crónica que venía siendo seguida e intervenida por Nutrición. Hay historia de aplicación de dosis de vacunas en el esquema PAI, 48 horas antes del deceso, sin embargo, la madre sustituta refiere en su testimonio que la menor no presentó ningún signo o síntoma de enfermedad o complicaciones derivadas de la aplicación del esquema de inmunizaciones. Refiere además que el día 27 de julio de 2016, la menor se alimentó sin dificultades y se acostó con su hermana a las 11 de la noche. Refiere también que las observó con vida a la una y tres de la mañana del día 28 de julio de 2016. Refiere también la madre sustituta que hacia las 6 y 30 de la mañana de ese día, la hermana de la examinada se encontraba de pie en su cuna y su hermana yacía sin respuesta. La conduce entonces al Hospital San Rafael de Tunja, donde ingresa alas 07+50 horas sin signos vitales y con fenómenos cadavéricos tempranos instaurados, por lo cual solicitan necropsia médico legal. Revisada la historia clínica aportada se establece que la menor era fruto de embarazo gemelar a término, de primigestante adolescente. Nació por cesárea Institucional con peso adecuado para su edad gestacional. El análisis de Nutrición por Bienestar Familiar indica que fue prematura y con peso inadecuado al nacimiento. Sin embargo lo consignado en la historia del nacimiento revela valoración por Pediatría que indica que nació a término y con peso adecuado para la edad gestacional. La historia también revela que en la primera valoración médica en mayo de 2016 la menor fue encontrada con riesgo de bajo peso para la edad y peso adecuado para la talla. Sin embargo, a pesar de las intervenciones de Nutrición, la menor presentó una tendencia progresiva a la pérdida de peso desde la primera consulta, hasta la última valoración registrada por Nutrición en julio de 2016, periodo en el cual perdió 400 gramos de peso y entrando en diagnóstico de desnutrición global. También se aportan paraclínicos realizados en abril de 2016, que muestran algún grado de anemia, que requirió intervención con aporte suplementario de sulfato ferroso, según copia de las prescripciones aportadas. En lo aportado no se evidencia que esta menor padeciera alguna afección crónica que hubiese requerido alguna intervención médica u hospitalizaciones, diferente a lo expuesto sobre el terna nutricional. Las notas de Nutrición del ICBF, describen que en todas las valoraciones la Menor fue presentada por la

madre sustituta a la consulta en buenas condiciones higiénicas. No se consignan observaciones o quejas por posible maltrato físico..."

Con fundamento en los anteriores análisis, concluyó Medicina Legal en su dictamen lo siguiente:

"Los documentos aportados demuestran desnutrición crónica progresiva que se corrobora con el peso del cadáver, que está por debajo del percentil aceptado para la edad. Se interroga si esta condición se debió a falla de medio o algún problema físico que facilitara su ocurrencia. Tampoco se puede establecer aun si esta condición favoreció o desencadenó la casusa que condujo a la muerte de la menor los hallazgos microscópicos no revelan signos de violencia. Presenta equimosis muy pequeña en la cara, que no tiene repercusiones en otros planos del sistema nervioso central. Presenta una lesión única en la lengua tipo equimosis que sugiere considerar que esta menor hubiese podido presentar un episodio convulsivo durante el sueño y no presenciada por los cuidadores. Presenta signos de hipoxia cuya causa tampoco es posible establecer con el examen macroscópico. Es muy probable que se que se trata de una muerte de manera natural, pero teniendo en cuenta lo inespecífico de los hallazgos de necropsia se requiere del estudio de los tejidos para aproximarse al mecanismo de la causa de muerte." (fl. 24)

Es importante señalar que del informe pericial de ampliación y complementación de la necropsia, se llegó a la siguiente conclusión a partir del estudio histopatológico (fl 131 y 132):

CONCLUSIONES: Con el informe del estudio Histopatológico aportado se concluye que se trata de una muerte súbita de causa infecciosa por compromiso cardiaco y pulmonar, de probable etiología viral. En la revisión de la literatura actual se determina que más del 80% de este tipo de muertes ocurren frecuentemente en el rango de edad menor a un año y que de estos casos al menos una tercera parte se debe a causas infecciosas como choque séptico, bronconeumonía y miocarditis y la mayoría de estos casos se relacionan con infecciones por virus ampliamente distribuidos en la comunidad. Otra tercera parte se queda sin explicación. Así mismo se encontró que la desnutrición no es una condición específica que aumente el riesgo de muerte súbita pues lo mismo ocurre la muerte en niños sin desnutrición. El cuadro de miocarditis en este tipo de casos puede ser de muy rápida evolución e incluso silencioso, es decir que los cuidadores pueden no percibir que el menor se encuentre enfermo, así que clínicamente el diagnóstico es muy difícil, pues esta enfermedad puede ser asintomática y autolimitada, o bien debutar como un cuadro de muerte súbita, y las veces que se manifiesta lo hace con síntomas y signos muy inespecíficos como disnea, palpitaciones, fiebre y fatiga o bien cuando ha evolucionado a una cardiomiopatía dilatada se deja ver como un cuadro de insuficiencia cardiaca en aquellos menores que sobreviven. **Se concluye entonces que esta menor falleció por muerte súbita secundaria a choque cardiogénico secundario a miocarditis viral.** (fl. 132) subraya el despacho.

Cabe señalar que en declaración rendida por la señora MARIA EMMA PARRA NIÑO, madre sustituta de la menor EVELIN SAMANTA, ante el ICBF y que se consigna en el Acta 001 del 01 de agosto de 2016 (fl. 43), manifestó:

"El día miércoles 27 de julio de 2.016, la niña se levantó a las 7:00 de la mañana, yo le di tetero, la deje dormir otro rato porque estaba haciendo frío, luego hacia las 10:20 de la mañana le di huevo tibio, pan y avena y a las 12 del medio día le di su almuerzo; hacia la 1:00 de la tarde aliste a la niña para venir al centro zonal a la respectiva visita con padres, quienes no vinieron por cuanto que se les había informado que las niñas se entregarían el viernes, estuvimos hasta las 4 de la tarde en el centro zonal, aclaro que también venia la otra niña, Salma Floreta, esa tarde las niñas tuvieron seguimiento y observación con la Dra. RUSBY TOVAR, trabajadora social, igualmente las vio las doctora Janet Espinosa

nutricionista y consintió a las niñas y dijo que niñas tan lindas igualmente la Dra. LILIANA Fajardo Defensora de Familia las vio un rato y dijo que niñas tan lindas y que a ella le gustaría tener una nena así, las niñas estaban alegres contentas y sonreían no se les vio que tuvieran algo anormal, las niñas aplaudían y se paraban, luego me fui para las casa como a las 4:30 de la tarde llegamos y les prepare una colada con Bienestarina y pan, comieron muy bien, las cambie de ropa y las niñas se durmieron, luego que se despertaron como a las 7:20 aproximadamente nos pusimos a jugar con las niñas en la sala, y luego comimos se comiera todo y con agrado, ellas siempre eran de buen apetito, luego a las 9:30 de la noche las acosté y durmieron bien toda la noche mi esposo las miro para ver cómo estaban a la 1:00 de la mañana y yo luego a las 3:00 de la mañana, las niñas tenían un sueño tranquilo y no se despertaban en la noche, vimos a las niñas bien, luego el jueves 28 me levante a las 6:20 comencé la rutina de cambiar las niñas y proceder a desayunarlas salma Fiorela estaba dispuesta y Evelin seguía durmiendo y la revise para cambiarla para iniciar rutina diaria y vi que la niña no se movía y estaba calientica su cuerpecito y de una la levante y la lleve al hospital San Rafael de Tunja urgencias eso fue como a las 7:20. La revisaron una enfermera y el doctor y me dijeron que no tenía signos vitales."

El Juzgado realizó una revisión en la literatura médica sobre la causa de muerte de la menor, como se encuentra avalado por la Jurisprudencia¹³, de tal suerte que conforme a la información consultada en la revista Española de cardiología¹⁴ frente a la miocarditis, se destacan los siguientes análisis:

La miocarditis se define como una enfermedad inflamatoria del músculo cardíaco y es una causa importante de insuficiencia cardíaca aguda, muerte súbita y miocardiopatía dilatada. Los virus son la causa de la mayoría de los casos de miocarditis o miocardiopatía inflamatoria y pueden inducir una respuesta inmunitaria causante de inflamación pese a haberse eliminado el patógeno.

De acuerdo con el material probatorio allegado al plenario y a que se ha hecho referencia en líneas anteriores, es claro para el despacho que la causa de muerte de la menor ocurrió por un desafortunado episodio de muerte súbita, cuya definición es planteada por la ciencia médica en estos términos:

El síndrome de muerte súbita infantil es la muerte repentina e inexplicable de un niño menor de un año de edad. Algunas personas llaman este síndrome "muerte en la cuna" porque muchos casos de bebés muertos son encontrados en sus cunas.

El síndrome de muerte súbita infantil es la principal causa de muerte en niños entre un mes y un año de vida. La mayoría de los casos ocurre cuando los bebés tienen entre dos y cuatro meses de edad. Los bebés prematuros, varones, afroamericanos y indioamericanos o nativos de Alaska tienen un mayor riesgo de este síndrome.¹⁵

La edad de la menor EVELIN SAMANTA MARTÍNEZ a la fecha de la muerte era de un año y de acuerdo con la literatura médica el porcentaje de ella oscila entre el 0.5 y 6 niños de 1000 al año y así se indicó en el estudio denominado "**muerte súbita e**

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de octubre de 2008, exp. 27.268: "Dado lo anterior, es necesario abordar el análisis y valoración de las pruebas que obran en el proceso, **con fundamento en la literatura médica acreditada sobre la materia, actividad a la que puede recurrir el juez con miras a ilustrarse sobre conceptos técnico - científicos** que, en principio, son decisivos para poder hacer una justa ponderación sobre los elementos de convicción que reposan en el plenario y, de esta forma, llegar a la certeza acerca de si la imputación fáctica y la falla del servicio alegadas en la demanda se encuentran probadas".

¹⁴ <https://www.revespcardiol.org/es-actualizacion-sobre-miocarditis-miocardiopatia-inflamatoria-articulo-S0300893215005989>

¹⁵ <https://medlineplus.gov/spanish/suddeninfantdeathsyndrome.html>

inesperada en niños y adolescentes” de la Sociedad Iberoamericana de Información Científica, escrito por B. Aguilera, donde se señala:

La muerte súbita en los niños menores de un año viene dominada por el síndrome de muerte súbita del lactante. Este síndrome ha sido definido como la muerte súbita de un niño de menos de un año de edad, que permanece inexplicada después de una - investigación postmortem completa, incluyendo autopsia, examen de la escena de la muerte y revisión de la historia clínica. La incidencia de esta entidad oscila entre 0.5 y 6/1 000 recién nacidos vivos/año, siendo en los países occidentales la principal causa de muerte súbita en niños entre la semana y el primer año de vida.

De conformidad con lo dispuesto en precedencia relacionado con la causa de muerte de la menor, resulta relevante analizar el nexo de causalidad de la muerte frente a la actuación de la entidad demandada.

7.3. DEL NEXO CAUSAL:

Este requisito *sine qua non* para estructurar la responsabilidad del Estado, consiste precisamente en la relación de causa a efecto que debe existir entre el hecho que causó el daño y el daño propiamente dicho, y al respecto asevera la parte actora que el daño fue causado por el descuido de la madre sustituta, al no haber vigilado en todo momento a la menor.

Por su parte, el ICBF sostiene que la muerte de la menor EVELIN SAMANTA MARTÍNEZ no se produjo por acción u omisión de la entidad, sino que por el contrario fue producto de la muerte súbita de la menor, la cual resulta imprevisible e irresistible de modo que a su juicio se configuró la causal eximente de responsabilidad conocida como fuerza mayor.

El Máximo Órgano de la Jurisdicción Contenciosa¹⁶ ha señalado que para efectos de que se configure la fuerza mayor que enerva la responsabilidad por los daños que se le imputan al Estado, quien la alega en su favor deberá acreditar los elementos constitutivos de la misma, los cuales se concretan en i) la exterioridad, ii) la imprevisibilidad y, iii) la irresistibilidad.

La exterioridad hace referencia a que el acontecimiento y/o circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajena jurídicamente, dicho de otra manera, el evento debe estar dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada ni aun indirectamente por el actuar del accionado, de tal manera que no puede ser propio de la actividad dentro de la cual se ha causado el daño, ni el demandado debe tener el deber jurídico de responder por dicho suceso¹⁷.

Por su parte, la imprevisibilidad, suele entenderse como aquella circunstancia que pese a que pueda haber sido imaginada con anticipación, resulta súbita o repentina o, aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado o no, previamente a su ocurrencia.

¹⁶ Ver, entre otras, las sentencias de 24 de agosto de 2017. Rad. No.: 25000-23-27-000- 2012-00233-01 (20659). C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Sentencia de 28 de septiembre de 2017. Rad. No. 11001-03-25-000-2012-00150-00(0665-12. C.P. Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 31 de mayo de 2018. Rad No. 13001-33-31-002-2001-01329-01. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁷ Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008. Radicación número: 85001-23-31- 000-1997-00440-01(16530). C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concurra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente."¹⁸

Así, para efectos de establecer que es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodearon el suceso, como la normalidad, frecuencia y probabilidad de su acaecimiento, así como las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor.

Finalmente, la irresistibilidad hace referencia a la imposibilidad objetiva para que el sujeto pueda evitar las consecuencias del hecho imprevisto, esto es que el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo, de modo que basta con que la imposibilidad resulte razonable teniendo en cuenta las condiciones normales de vida, por ello tal apreciación debe ser abstracta, bajo el entendido de la premisa que de nadie está obligado a lo imposible y por ello no habrá que estudiarse siquiera si el demandado podría resistir las consecuencias, sino si un individuo promedio en las mismas circunstancias lo hubiera hecho.

En el presente caso el suceso que causó la muerte de la menor Evelin Samanta Martínez, conforme se concluyó de manera categórica en el dictamen de medicina legal, fue asociado a una **muerte súbita secundaria a choque cardiogénico secundario a miocarditis viral**, sin que el despacho encuentre prueba alguna que permita inferir que la muerte fue causada o inducida por la madre sustituta, a través de fuerza humana o artificial siquiera de manera accidental.

Por el contrario, de los testimonios practicados en juicio se logra determinar que las actuaciones desplegadas por la madre sustituta y el ICBF, no constituyeron la causa ni contribuyeron en manera alguna al deceso de la menor; pruebas de las cuales se destacan los siguientes apartes relevantes:

Testimonio de la señora MARIA EMMA PARRA, en calidad de madre sustituta de la menor EVELIN SAMANTA MARTÍNEZ (Cd fl.144):

(min 13:11- 20:00) Como a las 7:15 de la mañana, la niña no se movía, he hecho mama canguro, nos dan capacitaciones del primeros auxilios, nosotros entregamos todo estamos las 24 horas con los niños, no nos queda tiempo para nosotros, tenemos que llevarla a psicología, nutrición, medico.

Como estaba la lleve al hospital no dure más de 20 minutos de mi casa al hospital, me la recibió el médico y luego señaló que la niña no tenía signos vitales.

Pregunta: Durante la noche cuantas veces le hiciste seguimiento a la menor

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 9 de octubre de 2011. Radicación número: 05001- 23-25-000-1994-00951-01(20135). C. P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Contestó: A las 12 de la noche me fue a dormir, a la 1 la vi nuevamente y a las 3 de mañana volví a revisarla, no vi ningún signo.

MIN 27: 09 El 9 de junio las lleve a urgencia porque tenía diarrea, y vómito, la lleve a urgencias el medico la ve le formula un examen y la remite para la casa, porque la frecuencia estaba bien, no tenía fiebre le dan acido ferroso y vitamina A.

Frente a la desnutrición que aquejaba a la menor, la testigo Emma Parra (Min 36: 00) señaló que siguió las indicaciones médicas y de alimentación de la nutricionista del ICBF, en las proporciones indicadas, lo cual es corroborado por el dicho de la trabajadora social de la Defensoría de familia, señora RUSBY EUNICE TOVAR AYALA (min 1:14:38 - 1:33:58), quien aduce que en las visitas practicadas al hogar sustituto, se pudo evidenciar que efectivamente la señora PARRA le suministraba los complementos nutricionales a la menor EVELYN SAMANTA MARTÍNEZ.

Por su parte, el testigo Julio Hernando Granados Rodríguez, defensor de familia a cargo del proceso de restablecimiento de derechos de la menor antes citada, expresó:

Min 46:32 Evelyn ingresó a bienestar familiar el día 31 de marzo de 2016, se hizo apertura de proceso de restablecimiento de derechos, con base en información recibida de un patrullero de infancia y adolescencia en la cual manifiesta que la mama de la niña presentaba comportamientos agresivos frente a otros familiares, situación que pone en peligro la integridad de los niños. Se realizó diligencia de verificación de garantía de derechos, para poder establecer cuales derechos estaban amenazados o vulnerados,, se estableció que la niña contaba con un medio familiar no adecuado por las situaciones de comunicación no asertiva de la mamá de la niña con los familiares con los que ella vivía, así como el papa se determinó que la niña no estaba dentro de los perceptibles nutricionales y requería manejo y recuperación nutricional, ante estos factores se le notificó a la familia y se habló con los papás la decisión y se le presentaron 2 alternativas, la familia de apoyo extensa para que tuviese lla niña y se siguieran los protocolos de recuperación nutricional y a la par manejar comunicaciones asertivas y resolución de conflictos. No pudimos establecer ubicación de familia extensa ni por línea paterna ni por línea materna, por lo que no se pudo encontrar quien recibiera las niñas, en ese orden de ideas, se optó por la ubicación de hogar sustituto, con pedimento del papá quien solicitó le tuvieran a la niña por 4 meses mientras terminaba un trabajo en el municipio de Yacopi Cundinamarca, el deseo de él era terminar el trabajo y venir a hacerse cargo de la niña. no se optó por dejar a las niñas con la mama porque tenía antecedente psiquiátricos. Esta decisión se tomó desde la comisaría de Guacamayas, en donde la comisaría le dijo a la mamá de las niñas que no se las podía dejar por su comportamiento, y que la custodia se la iba a dejar a una tia paterna.

(Min 52:20) Nunca se recibió una alerta que la niña tuviese que tener una vigilancia o unos acompañamientos médicos especiales, de haber sido así, en nuestro protocolo los médicos nos dicen, si la niña necesita vigilancia las 24 horas, nosotros solicitamos al ICBF en Bogotá una institución especializada en esto porque el hogar sustituto deja de ser hogar sustituto y entraría a hacer funciones que no le corresponden.

(min 53:22) El proceso evoluciono favorablemente tanto así que se ordenó el reintegro, el día 27 de junio día en que la niña falleció, yo tuve la niña toda la tarde del día anterior no presentó ningún síntoma la observamos bien porque estábamos haciendo la preparación de la niña y de la familia para el reintegro, tenía buen ánimo, le estábamos haciendo la preparación para el reingreso a la casa.

(Min 54:42) Cada 15 días veíamos las niñas y cada mes por personal externo.

El médico no dio signos de alerta en ninguna de las oportunidades que las vio.

Min 57:59 Preguntó el despacho: a raíz de la muerte de la menor Evelin Samanta el ICBF adelantó alguna investigación algún procedimiento en su interior para establecer cuáles fueron las causas, los motivos y en que culminó ese procedimiento?

Contestó: El ICBF la directora vino al día siguiente del sepelio de la niña y a la par hizo la trazabilidad de las actuaciones, personalmente estuvo donde los médicos que atendieron la niña, ella recibió personalmente el dictamen de medicina legal y le dijeron que había sido una muerte súbita, con su equipo no vieron la necesidad de iniciar una acción interna disciplinaria, puesto que se cumplió con todos los requisitos que señala el proceso administrativo y los protocolos. Igualmente la Fiscalía y el CTI realizaron el análisis de los documentos, la trazabilidad del proceso, la fiscalía no hayo mérito para iniciar una actuación por homicidio culposos.

(Min 1:1:54) Los hogares sustitutos reúnen mejores condiciones que los hogares de cualquiera de nosotros, porque hay unos lineamientos muy estrictos, hay muchas medidas de seguridad para garantizar la seguridad y el cuidado de estos niños, trabajo social nos va a determinar que la madre sustituta sea una persona que no necesita de esta actividad para lucrarse, por el contrario son personas que ya tiene definido su sustento y por el contrario lo realizan de una manera altruista, se realiza valoraciones sociales y psicológicos, para determinar un estado mental adecuado, es una selección muy profesional.

(Min 1:04:35) De las 18 madres sustitutas ella era la que reunía los perfiles de madre canguro y es especializada en niños de 0 a 6 años.

Observa el despacho que de las pruebas hasta ahora referenciadas, no obra en el plenario ninguna que permita concluir que existe por parte de la entidad demandada responsabilidad en la muerte de la menor, y como sustento de ello la prueba es contundente en sus conclusiones pues precisamente de ella se colige que la causa de muerte no resultaba predecible, ni para la cuidadora (madre sustituta), ni para los funcionarios del Instituto de Bienestar Familiar,

En efecto, el perito del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses fue claro y explícito en su experticia, al poner de presente las razones por la cuales llegaron a la conclusión que la niña falleció por muerte súbita, señalando en la etapa de contradicción de la prueba vertida en el CD que obra a folio 147, lo siguiente:

Conclusiones

(Min 24:04) No se aportan antecedentes de alguna patología, ni se reporta que tuviera alguna consulta hospitalaria o quirúrgica.

(Min 26:28-30:00) Detallándose un par de lesiones muy superficiales escoriación puntiforme y una lesión en uno de los bordes de la lengua, se resaltaba que su peso posmortem era menor al indicado para su edad. Hipoxia de falta de oxígeno, el cadáver presentaba signos de hipoxia por el color morado de labios y manos y pies.

(...) la muerte ocurrió entre las últimas 6 a 8 horas lo cual concuerda con lo manifestado por la madre sustituta.

Min 35:33 se descartó presencia de cuerpos extraños que evidenciaran ahogamiento

(Min 35:50- 36:40) Por el hecho que encontramos unas viseras muy congestivas, un edema pulmonar y signos externos de hipoxia, el mecanismo de muerte hasta ese momento era la hipoxia.

Se complementó el estudio con corte de viseras para explicar la causa de muerte

Min 39: 10 conclusiones luego de la necropsia: 1) tenemos una menor sin signos de maltrato infantil. 2) se trata de una menor de bajo peso para su edad. 3) Se trata de una menor sin signos de trauma o de violencia asociados a la muerte. 4) fenómeno de hipoxia como causa mayor de la muerte.

(Min 41:40-42:56) Recibido el informe de histopatología en donde se da como diagnostico histopatológico una injuria neuronal hipoxia, un edema pulmonar con neumonitis intersticial linfocítica leve, de probable origen viral, una miocarditis linfocítica focal, un

vaso con hiperplasia linfoide reactiva linfocitaria en pulpa roja, un cambio reactivo inespecífico hepático y una congestión visceral generalizada.

Su opinión como patólogo especialista es que este hallazgo de miocarditis linfocítica focal puede ocasionar muerte súbita de origen cardíaco. La hiperplasia folicular reactiva y la neumonitis linfocítica leve indica que la causa de esta miocarditis puede ser de origen viral.

(Min 43:00 - 44:02) **Con base en estos hallazgos, lo que la literatura nos provee es la certeza que se trató de una muerte súbita del lactante o muerte súbita infantil, es una patología en la cual generalmente niños menores a un año se produce una muerte en un niño, que no era previsible, no había una condición clínica previa que permitiera determinar que el niño iba a fallecer, o no hay un evento que precipite la muerte que lo explique, es decir no hay una enfermedad estructural, como una infección en días previos, o un cáncer algún tipo de patología clínica que pudiera desembocar en la muerte o un fenómeno como trauma que explique la muerte, por eso se llama muerte súbita, porque generalmente la muerte ocurre muy pocos minutos después que hay una falla cardíaca.**

(Min 47:32- 50:30) En este caso particular lo que se logró determinar es que el análisis del tejido cardíaco y del tejido pulmonar mostro una respuesta de una parte de ese tejido que son los linfocitos (los linfocitos son células específicas que atacan a virus) esa defensa contra los virus, le permite al sistema inmunológico detectar la presencia del virus en el cuerpo y segundo desatar todos los mecanismos de las respuesta para que otras células se pongan en defensa del organismo y poder controlar hasta expulsar el germen del cuerpo, pero como lo explicaba hace unos segundos en algunos casos los virus pueden pasar desapercibidos, pueden no ser detectados por el aparato inmunológico o puede que el aparato inmunológico se tarde un poco en reconocerlos, o puede que su estructura se parezca a unas estructuras del cuerpo y entonces las células de respuesta se tarde más en lanzar la alerta y hacer que el cuerpo reaccione con la intensidad que tiene que reaccionar. La otra situación también es que dependiendo del órgano afectado, la velocidad de la infección puede ser mayor o menor, los tejidos con mucho flujo sanguíneo tienden hacer rápidamente abordados por el aparato de defensa y las infecciones tienden hacer más escandalosas en los síntomas, el tejido cardíaco a pesar de que está en contacto con la sangre permanentemente porque es el corazón ya cuando se mete en la pared no tiene más vascularización que otros tejidos como el musculo o una tráquea, este es un tejido que para los virus es muy afín porque al aparato inmunológico le cuesta un poquito de trabajo llegar hasta él. La otra situación es que la respuesta del cuerpo no necesariamente es calculada no tiene una tabla de medición para saber ante tanta cantidades de virus tantas cantidades de células, la mayoría de veces lo que sucede es que nuestro cuerpo se excede en la respuesta, incluso nuestras propias células y nuestras propias sustancias de defensa terminan dañándonos o causando la muerte de los tejidos que están alrededor de la zona de ataque.

Entonces la revisión de la literatura nos mostró que no es infrecuente que haya causas de muerte súbita relacionadas con infecciones, que las causas más frecuentes pueden ser las virales y que dentro de esas las más mortales probablemente sean la miocarditis.

(Min 50: 50) **La conclusión a la que llegamos luego de la revisión de la literatura es que efectivamente la causa de la muerte de la niña fue por una muerte súbita secundaria a una miocarditis de tipo viral con fundamento en los hallazgos de patología, la hipoxia es secundaria probablemente a una falla de la bomba cardíaca en el momento en que sufre la infección por este virus,** este virus al dañar la fibra cardíaca causa una alteración de la contractilidad lo cual hace que a su vez el flujo sanguíneo del cuerpo se detenga y los pulmones en respuesta a esa falta de flujo incrementen su volumen sanguíneo para tratar de captar oxígeno en el momento en que el corazón no hace su trabajo eficientemente, ellos son un matrimonio corazón y pulmón y ellos se adaptan el uno al otro cuando el alguno de los dos entre en crisis.
(...)

Llegamos a la conclusión nosotros determinamos que se trató de una muerte súbita secundario a un choque cardiogenico secundario a una miocarditis viral que la causa básica de la muerte fue infecciosa, que la manera de muerte es natural (min 53:17)

Es importante resaltar en este punto que si bien la menor padecía de desnutrición, ello tampoco puede asociarse a la causa de muerte, ya que desde el día en que el ICBF asumió conocimiento del caso de la menor EVELIN MARTÍNEZ (11 de marzo de 2016) ella ya tenía esa condición¹⁹; no obstante, la entidad mostró diligencia en el tratamiento de esta patología lo cual se evidencia en que en el lapso aproximado de tres meses que estuvo a cargo del ICBF, la menor recibió atención por nutricionista en cerca de 5 oportunidades²⁰, incluso en la última realizada el 15 de julio de 2016 se le indicó que se observaba mejoría (Pagina. 147 CD).

Al margen de lo anterior, el dictamen de medicina legal determinó que la condición de desnutrición no fue tampoco la desencadenante de la muerte, al señalar:

*(Min 52:10) Entonces hicimos también un análisis de la injerencia de la desnutrición que se pensaría que fue el papel del factor desencadenante, que porque la niña estaba desnutrida le dio la infección viral y que la infección viral la mato, la literatura también es enfática en decir eso que existen estudios en población con desnutrición especialmente en África, donde se ha determinado que los niños mueren por otras infecciones más comunes como la infección respiratoria aguda, o infección gastrointestinal diarrea, pero los que están relacionados con muertes de miocarditis generalmente están relacionados con infecciones causadas por paracitos y que en esos casos es donde la situación nutricional tiene una injerencia, **pero no hay estudios que determinen que los niños con muerte súbita asociada con miocarditis la desnutrición se comporte como un factor de riesgo que aumente la mortalidad de los niños que sufren este tipo de patología.***

En aras de determinar si la causa de muerte tenía relación con el cuidado de la menor y si ella requería de una atención permanente y constante para evitar su muerte, se interrogó al perito para establecer esa circunstancia, frente a lo cual señaló que no hay forma de determinar que estaba siendo afectada por una miocarditis y que tampoco se podían emitir recomendaciones específicas de cuidado, ya que es muy difícil diagnosticar la miocarditis viral en niños menores de un año.

Destacó el perito que el diagnostico se da luego de la muerte, al ser una enfermedad agresiva, rápida y silenciosa, y al respecto es pertinente destacar de su declaración, los siguientes apartes:

Pregunta despacho (MIN 53:40): explíquenos en que consiste la miocarditis linfocítica focal y si ella se puede deber, puede tener como causa un cuidado inadecuado del menor, si requería de una atención permanente constante dada esa patología por parte de quien tenía a cargo la menor.

CONTESTA: La causa de la muerte estuvo relacionada con la presencia de un germen tipo viral, no sabemos específicamente cual que afecto a la fibra cardíaca y afecto sectores pulmonares, (...) como lo decíamos hace unos minutos el cuadro puede ser tan silencioso, que la niña podía estar colonizada por este virus sin que nadie se hubiese dado cuenta o que incluso hubiera tenido síntomas mínimos como síntomas respiratorios, en los niños más grandes que sufren de miocarditis que la mayoría no se mueren, niños que son de más de 2 años de edad, tiene una mortalidad muy baja por miocarditis y los adultos muchísimo menos, muchas de estas personas al ser interrogadas refieren síntomas de respiratorios, pero es muy difícil para nosotros los médicos saber que una persona que está estornudando tiene una miocarditis viral, el diagnostico se hace pos y se hace clínicamente el único diagnostico que se hace por patología es el de los que fallecen, entonces no hay forma alguna de determinar que esta niña tenía una miocarditis viral, era

¹⁹ (fl. 16-17 expediente menor fl. 93)

²⁰ Folios 33 y CD folio 93 (pag 70-72, 79, 117, 147)

*prácticamente imposible porque el comportamiento típico de la enfermedad es que simula otra enfermedad y **no hay un examen o un hallazgo clínico que nos permita a nosotros predecir en un niño de 1 año que el hecho que estornudó hay que empezar tratamiento para miocarditis viral, es imposible e irracional, entonces no hay forma de determinar que esta niña estaba siendo afectada por una miocarditis.***

*Como no se puede determinar que hay una miocarditis en curso, entonces **tampoco se puede determinar que hayan unas recomendaciones específicas de cuidado porque lo hemos dicho reiteradamente el diagnóstico es pos mortem la mayoría de los casos de miocarditis viral en niños de menos de 1 año se encuentran en hallazgos de necropsias de niños que se piensan que fallecieron por otra cosa, entonces es muy difícil hacer el diagnóstico de una miocarditis viral, porque curso es muy agresivo, rápido y silencioso porque cuando tiene síntomas están simulados en otro tipo de infección, entonces estamos ante una muerte súbita.***

El perito fue claro y determinante en señalar que la causa de la muerte no era previsible ni evitable cuando señaló:

(Min 58:30) La apoderada de la parte demandada: precise con estos elementos esa causa de muerte es previsible o humanamente evitable en el caso de la muerte de Evelin Samanta.

*Contestó: **No existe ningún tamizaje, ninguna prueba, ninguna forma diagnóstica que nos permitiera predecir que esta menor iba a sufrir una infección de miocarditis viral que le causara el deceso en la actualidad no es posible.***

Cabe señalar que en el caso específico de la menor EVELIN SAMANTA MARTÍNEZ, de acuerdo con el razonamiento del perito no existía ningún antecedente que ameritara atención médica u hospitalaria:

(Min 59:20- 1:00:11) Pregunta el despacho: al momento que usted examino la historia clínica usted observo que le hubieran diagnosticados alguna sintomatología graves, alguna enfermedad de especial cuidado que pusiera en riesgo la vida de la menor y que requiriera algún cuidado especial por parte de sus cuidadores.

*Contesto: como esta aportado en la historia el único antecedente que se determinó era el caso de desnutrición que estaba siendo bien manejada por el Instituto de Bienestar Familiar en su servicio de nutrición, **y el informe consigna que no en lo aportado no se evidencia que esta menor padeciera afección crónica que se requiriera atención medica u hospitalizaciones, diferente a lo expuesto sobre el tema nutricional.***

En esas condiciones, es claro que la muerte de la menor Evelin Samanta se produjo como un evento de fuerza mayor, inesperado y totalmente ajeno a la actuación de los agentes del ICBF, quienes por el contrario y de conformidad con el acervo probatorio antes valorado, desarrollaron sus obligaciones dentro de los parámetros profesionales y técnicos requeridos.

En efecto, de la declaración rendida por la señora Rusby Tovar en calidad de trabajadora social de ICBF, se destaca su manifestación en el sentido que en ese momento se disponía de dos trabajadoras sociales que efectuaban seguimientos mensuales y visitas domiciliarias, señaló que se revisaban los expedientes de cada niño para verificar que contara con todos los documentos de salud e identidad, soportes diarios de evolución de los menores, que dispongan de alimentos en buen estado y los suplementos dietarios correspondientes, asegurando que el hogar de la señora María Emma Parra, quien

estuvo a cargo de la menor, cumplía con todos los estándares y que nunca se evidenció algún factor de riesgo para ella.²¹

Es pertinente agregar que no se evidencia incumplimiento de las disposiciones del Código de Infancia y adolescencia – Ley 1098 de 2006- por parte del defensor de familia frente al restablecimiento de derechos de la menor fallecida y tampoco imputable a la madre sustituta o algún miembro del ICBF frente a sus obligaciones con la menor Samanta Martínez, lo cual se colige de los testimonios rendidos en juicio, así como del dictamen pericial y su contradicción.

Así las cosas, el despacho concluye que el daño padecido por los familiares de la menor Evelin Samanta Martínez Bernal a causa de su deceso, no es imputable fáctica ni jurídicamente a alguna actuación u omisión atribuible al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que pueda calificarse como falla en el servicio, toda vez que los elementos de prueba recaudados a lo largo de este proceso, no permiten concluir nada distinto a que la muerte de la niña devino como un suceso súbito, inesperado, impredecible e irresistible, que sin duda encuadra en un evento de fuerza mayor que torna inexistente el nexo causal entre la muerte de la menor y la actuación de la entidad pública demandada.

Por las razones expuestas, el despacho declarará probada la excepción de inexistencia de nexo causal propuesta por la entidad demandada y, por sustracción de materia no hay lugar a emitir pronunciamiento frente a los restantes medios exceptivos propuestos; como consecuencia de ello se impone negar las pretensiones de la demanda.

7. Costas procesales

Para el presente asunto, el Juzgado acoge la postura del Consejo de Estado que mediante sentencia del 19 de enero de 2017, dentro del proceso con radicación N° 54001-23-33-000-2012-00180-1 (1706-2015) Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, resolvió no condenar en costas, bajo la siguiente argumentación:

“La Sala difiere de la interpretación objetiva que el a quo dedujo del artículo 188 del CPACA, esto es, imposición de condena costas de pleno derecho a la parte vencida, sin más consideraciones, tal como acontece en la actividad procesal propia de los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios, en virtud del mandato contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso.

(...)

*En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), **corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.***

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento.”

Por lo expuesto y en consideración a que la conducta procesal de la parte actora no amerita cuestionamientos, el Despacho dispone no condenar en costas a la parte vencida.

²¹ Minutos 1:25:13- 1:30:05

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. Declarar probada la excepción de "inexistencia de nexo causal" propuesta por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por las razones expuestas.
2. Negar las pretensiones de la demanda, instaurada por YEISON FABIÁN MARTÍNEZ GONZÁLEZ, NURY ANGÉLICA BERNAL CASTAÑEDA, SALMA FLORELA MARTÍNEZ, ÁNGELA SOFÍA MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, CRISTOFER MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, MARÍA ODILIA GONZÁLEZ, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, de acuerdo a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.
3. No condenar en costas, por lo expuesto en la parte motiva.
4. En firme esta providencia archívense las diligencias, déjense constancias y anotaciones de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.


JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
Juez

68
 13/01/2020