

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
- SECCIÓN TERCERA -**

Bogotá D.C., nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA
Radicación:	110013343064- 2014-00132-00
Demandante/Accionante:	KAREN YISETH ORTÍZ Y OTROS
Demandado/Accionado:	INSITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF
Asunto:	FALLO – REPARACIÓN POR EL DECESO DE UNA MENOR DE EDAD BAJO EL CUIDADO DE MADRE SUSTITUTA

Agotadas las etapas procesales correspondientes, procede el Despacho a resolver en sentencia de mérito la controversia suscitada dentro del proceso de la referencia, a través del medio de control de **reparación directa** que mediante apoderado judicial, instauraron las señoras KAREN YISETH ORTÍZ, BLANCA ELSA ORTÍZ RODRÍGUEZ y CATHALINA HERRERA ORTÍZ, esta última actuando en nombre propio y en representación de su menor hija LAURA ISABEL FORERO HERRERA, contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF.

I. ANTECEDENTES:

1.1. SÍNTESIS DEL CASO

Los hechos señalados por la parte actora como **fundamentos fácticos de la demanda** son, en síntesis, los siguientes:

- El día 22 de diciembre de 2012, la señora KAREN YISETH ORTÍZ acudió con su menor hija MARÍA JOSÉ ORTÍZ, al servicio de urgencias del Hospital Infantil Universitario de San José, por motivo de desmayo que sufrió la menor como consecuencia del mal estado de salud que presentaba la infante, debido

a un "hematoma biparietal de depresiones óseas, y varias equimosis en la cara". Pese a ello, la menor presentaba signos vitales normales, sin dificultad respiratoria y sin alteración del estado de conciencia.

-. La menor fue hospitalizada y, el 24 de diciembre de 2012, se le practica una resonancia magnética del cerebro, el cual arroja como resultado que el estudio se encontraba dentro los límites normales.

-. Ante la sospecha de maltrato infantil, el centro hospitalario que atendía la menor informa el caso ante el INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

-. Desde el 26 de diciembre de 2012, la menor presentó evolución satisfactoria ante los tratamientos recibidos.

-. El 4 de enero de 2013, la unidad hospitalaria que se mantenía a la espera de las instrucciones del ICBF para dar de alta a la paciente por encontrarse en "MUY BUENAS CONDICIONES", procede a remitir a la menor a las instalaciones de la referida entidad, siendo recibida bajo el cuidado y la protección de la madre sustituta Juliana Pérez Farias.

-. El 11 de enero de 2013, siendo las 21:15 horas, la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, es llevada al centro de urgencias del HOSPITAL ENGATIVÁ, a donde ingresa sin signos vitales.

-. El reporte de ingreso de la menor al hospital, sugiere que la niña ingresó con un hematoma en la región frontal derecha.

-. Según el informe de necropsia, la menor presentaba:

- "a.- Signos externos de traumatismo en la cabeza.*
- b.- Hematoma y equimosis en la zona frontal derecha.*
- c.- Hematoma en la superficie interior del cuero cabelludo frontal derecho.*
- d.- Hematoma en la superficie interior del cuero cabelludo parietal derecho.*
- e.- Múltiples hematomas en la superficie interior del cuero cabelludo occipital.*
- f.- Áreas difusas de hemorragia subaracnoidea.*
- g.- Hematoma subdural sobre el polo posterior del lóbulo occipital.*
- h.- Hematomas alrededor de ambos nervios ópticos."*

-. De conformidad con lo consignado en la necropsia y en el examen realizado por el Hospital de Engativá, el deceso de la menor fue de forma "VIOLENTA E INSTANTANEA", debido a una "hematoma subdural y hemorragia subaracnoidea.". Así mismo, que la causa básica del deceso habría sido por "TRAUMATISMO CONTUNDENTE EN LA CABEZA".

-. La menor fue dada de alta del Hospital San José, sin ningún tipo de trauma en la cabeza ni en otra parte del cuerpo, y durante su permanencia en dicho centro asistencial, la menor estuvo acompañada por su abuelita BLANCA ELSA ORTÍZ RODRÍGUEZ, con quien mantenía una estrecha relación debido a que siempre estuvo pendiente de su crianza y bienestar. Por ello, el deceso de la niña le causó profundo dolor y depresión.

-. La señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ, en su condición de tía de la menor fallecida, también mantenía una relación cercana con la infante y la hermana, madre de la niña, pues compartían la crianza de sus respectivas hijas. Por ello, la pérdida de su sobrina le causó mucho dolor y angustia, así como a su menor hija Laura Isabel.

1.2. LO QUE SE DEMANDA

La parte actora solicita que se declare la responsabilidad patrimonial del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por los perjuicios que les ocasionó a los demandantes, el deceso de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, mientras la niña se encontraba bajo el cuidado y protección de una madre sustituta perteneciente a la entidad demandada.

En tal sentido, solicita el resarcimiento de los perjuicios morales causados a los demandantes en las siguientes sumas¹:

-. Para la señora KAREN YISETH ORTÍZ, en calidad de madre de la víctima, la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

-. Para la señora BLANCA ORTÍZ RODRÍGUEZ en la calidad de abuela de la víctima la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

-. Para la señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ y la menor LAURA ISABEL FORERO HERRERA en sus calidades tía y prima de la víctima, respectivamente, la suma de 50 y 35 salarios mínimos legales mensuales vigentes, correspondientemente.

Del mismo modo, solicita se condene en costas a la demandada.

1.3. TRÁMITE PROCESAL

1.3.1. Contestación de la demanda

a) EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

¹ Según lo señalado en el escrito de subsanación de la demanda, visible a folios 103 a 114 del expediente.

El ente demandado sostiene que dentro del presente asunto deberá probarse no sólo la existencia del daño antijurídico padecido, sino también la falla del servicio que se le atribuye a la administración y, adicionalmente, la existencia de un nexo causal entre el actuar de la entidad demandada y el daño propiamente dicho.

Señala que de los antecedentes que reposan en la entidad demandada, puede verse que el ICBF adelantó diferentes acciones encaminadas a proteger a la niña MARÍA JOSÉ ORTÍZ, brindándole toda la atención requerida y trasladarla a un Centro Zonal para que recibiera atención adecuada libre de los descuidos y agresiones que recibía por parte de su progenitora quien la exponía a graves peligros que atentaban en contra de la integridad de la menor. Ello, teniendo en cuenta que en el entorno familiar de la infante, se evidenció al menos un episodio de maltrato infantil por parte la madre, sumado a un diagnóstico de nutrición de riesgo, por cuanto contaba con una talla baja para la edad con la que contaba.

Afirma que el 4 de enero de 2013, el ICBF recibió petición por parte del Hospital San José, y en esa misma fecha se dicta Auto de Apertura de Investigación de Protección a favor de la niña María José Ortiz de dos años de edad, víctima de maltrato, y se toma como medida de restablecimiento, la ubicación de la menor en el hogar sustituto de la señora JULIANA PÉREZ FARIAS.

De esta manera afirma, que no existe nexo causal entre el deceso de la menor y el actuar de la entidad demandada, al señalar que *"los hechos que llevaron a la muerte de la niña MARÍA JOSÉ ORTÍZ, se presentaron por fuera del ámbito del Estado lo que no permitía manejarlos ni controlarlos. No existe nexo causal."*

Refuta el hecho de que en el deceso de la menor hubiera estado involucrado la conducta por acción u omisión de algún servidor vinculado al ente demandado, y en tal virtud, considera que no debe responder por la indemnización reclamada en la demanda.

Propone las siguientes excepciones:

-. "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA". Asegura que el Hospital de Engativá y el Hospital de San José no hacen parte de la entidad demandada

y que fue allí en donde se le brindó la atención médica a la menor fallecida y el lugar en donde se desarrollaron los hechos que motivan la demanda. Con base en ello, sustenta también la **excepción de "INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA Y POR ENDE FALLO INHIBITORIO"**, señalando además que la demanda debía estar dirigida en contra de las instituciones que estuvieron directamente involucrados en los hechos alegados.

-. "INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE EL DAÑO Y LA ENTIDAD A QUIEN SE LE IMPUTA RESPONSABILIDAD". Argumenta que la entidad demandada no es la llamada a responder patrimonialmente por los daños reclamados y, que en todo caso, le corresponde a la parte actora el deber de probar el supuesto del menoscabo endilgado.

-. "CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA". Señala de forma general los parámetros que configuran dicha excepción de responsabilidad administrativa, indicando puntualmente que la conducta de la víctima incidió en el daño provocado.

-. "EXCEPCIÓN GENÉRICA". Solicita se decrete de oficio, la excepción que se encuentre probada en el plenario.

b) La llamada en garantía, señora JULIANA PÉREZ FARIAS

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR formuló llamamiento en garantía contra la madre sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS.

La llamada en garantía contestó al llamamiento en garantía y como argumentos de defensa señaló que, en efecto, fungió como madre sustituta de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, pero que al momento en que le fue entregada la menor por parte del ICBF no le fue informado el estado real de salud de la niña, ya que se encontraba enferma y con grandes signos de maltrato infantil por parte de su progenitora, situación que había sido confesada por la madre de la infante.

Señaló que la menor ingresó al servicio de urgencias del Hospital Engativá, el día 11 de enero de 2013, con síntomas de vómito debido a la gran cantidad de comida que le suministró la mamá en una visita que realizó en el hogar de paso, y que ese mismo día en la noche tuvo que volver a llevarla al centro asistencial, en donde debieron hospitalizarla desde el inicio y realizarle exámenes médicos, pues presentaba signos de maltrato que recibía por parte de la progenitora, y que como consecuencia de ello, habría tenido que ser hospitalizada desde el 22 al 26 de diciembre de 2012.

Indicó que al momento en que la niña presentó vomito, al estar bajo su cuidado, se fue hacia adelante y se pegó sin culpa con un mueble del hogar sustituto, hecho que según indica, acaeció por que le habían entregado a la menor enferma y sin que el ICBF le hubiera explicado las verdaderas circunstancias de maltrato infantil que presentaba.

Frente al ingreso de la menor sin signos vitales al centro asistencial, adujo que las causas del deceso debe ser objeto de prueba en el proceso, debido a que las razones del fallecimiento de la infante son ajenas a la voluntad y responsabilidad de la llamada en garantía, y porque fue “*presuntamente engañada por el ICBF*”, ya que recibió la niña en mal estado de salud y con antecedentes de maltrato por parte de la madre. Refiere también, que la menor presentaba mal nutrición y baja talla para la edad de 2 años que poseía, hechos que muestran el descuido y el maltrato que le prodigaba la progenitora.

Señaló que, en todo caso había cuidado a la menor con diligencia y responsabilidad, por un período sólo de 9 días, los cuales transcurrieron entre el 4 al 11 de enero de 2013, esto es, fecha posterior al golpe que recibió en la cabeza del que había sido víctima la menor y por el que requirió ser hospitalizada (Fs. 199 a 213 c-1).

Propone las siguientes excepciones:

- Inexistencia del nexo de causalidad de los daños y la responsabilidad de la madre sustituta. Señala que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la menor María José Ortiz perdió la vida, la señora Juliana Pérez Farias, en su calidad de madre sustituta, no tiene culpa alguna pues la menor presentaba antecedentes de maltrato infantil, los cuales le habrían sido ocultadas por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF.

Igualmente propone la **excepción de falta de legitimación en la causa para llamar en garantía a la madre sustituta**, argumentando que de conformidad con la relación contractual que poseía con el ICBF, los antecedentes de maltrato de la menor y la conducta negligente y de mala fe desplegada por dicha entidad al ocultarle el verdadero estado de salud de la menor, debe ser dicho ente estatal el llamado a responder patrimonialmente por los daños ocasionados.

Del mismo modo, propone la **excepción de mala fe de la entidad demandante INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, resaltando que la entidad demandada omitió y ocultó de mala fe, que la niña estaba enferma, era víctima de maltrato por parte de su madre y que había estado hospitalizada desde el 22 al 26 de diciembre de 2012.

Por último, formula la **excepción de buena fe por parte de la madre sustituta**, subrayando que la llamada en garantía actuó de buena fe y siempre ha sido una persona de altas cualidades morales, personales y humanas, hecho que se demuestra al haber adoptado a un menor de edad para cuidar de él dentro de su hogar familiar, y ello no fue diferente en el caso del cuidado y trato que le brindó a la menor María José Ortiz, quien al enfermar fue trasladada al servicio de urgencias de forma inmediata.

1.3.2 Actuación de instancia

- Por auto del 6 de agosto de 2015, el JUZGADO 14 ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DE BOGOTÁ admitió la demanda, y ordenó que fuese notificada la entidad demandada (Fs. 120 y 121 c-1).
- Por auto del 19 de enero de 2016, este Despacho Judicial avocó conocimiento de las presentes actuaciones en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo N° CSBTA15 – 442 del 10 de diciembre de 2015 (fl. 152).
- En proveído del 11 de agosto de 2016 se aceptó el llamamiento en garantía formulado por el ICBF contra la madre sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS, (Fs.182 a 185 del c1).
- El día 25 de julio de 2018, se llevó a cabo la Audiencia Inicial y en ella se resolvió sobre los medios probatorios solicitados por las partes (fs. 293 a 300).
- Durante los días 7 de marzo de 2019 y 28 de enero de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, y durante el transcurso de ésta, se dispuso declarar precluída la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión (fs. 311 a 312 y 349 a 350 c1).

1.3.3. Alegatos de conclusión

a) El ICBF. Aduce que no puede predicarse en el sub lite, responsabilidad alguna de la entidad demandada por acción u omisión, que hubieran dado lugar al fallecimiento de la menor María José Ortiz, sino que por el contrario, lo que se dispuso fue brindarle protección a la menor que estaba siendo víctima de maltrato por parte de su progenitora aquí demandante.

Resaltó el mal estado de salud que presentaba la niña cuando ingresó por primera vez al centro hospitalario y que falleció dos semanas después como consecuencia de *"hematoma subdural y hemorragias subaracnoideas debido a traumatismos craneoencefálico contundente"*.

Adujo, que la información reportada por el Instituto Nacional de Medicina Legal coincide con lo señalado por la tía de menor Catalina Herrera Ortiz, en entrevista que le realizara la Fiscalía General de la Nación el 3 de enero de 2013, en la que señaló que las lesiones que presentaba la menor el 22 de diciembre de 2012, fueron propinadas por su progenitora la señora Karen Yiseth Ortiz, y que antes de ser hospitalizada había encontrado a la menor con *"todo el cuerpo morado los piecitos inflamados, los ojos idos y los doctores dicen que es por los golpes y tiene un ojito desviado, uno de los bracitos se le zafó un nervio (...)";* hechos que según la defensa,

demuestran las graves lesiones que presentaba la menor y que a la postre pudieron haber llevado a su deceso.

Indicó que la entidad demandada, propendió por brindarle protección a la menor María José Ortiz, y en tal virtud, el Defensor de Familiar dispuso no sólo dar apertura de una investigación, sino también implementar como medida transitoria la de poner a la menor bajo el cuidado de una madre sustituta, la que, según lo señaló en la contestación del llamado en garantía, cumplió con los parámetros establecidos para el cuidado de la niña, e incluso, la llevó al centro médico cuando la menor presentó episodios de náuseas y vómito y por el "*chichón*" que la niña sufrió en la cabeza al caerse, herida que fue señalada por los galenos que se trató de un trauma leve, y dio aviso de dicho evento a la abuela de la menor.

Indicó que, contrario a la versión que maneja la parte actora dentro del presente asunto, el deceso de la menor tuvo lugar, muy probablemente, con ocasión de las lesiones que le propinó la progenitora o la compañera permanente de ésta, o por la errada valoración del estado de salud de la menor, realizada por los entes hospitalarios que conocieron su caso, con el fin de adelantar las intervenciones correspondientes. En tal virtud aduce, el ICBF no es responsable de los daños reclamados por los demandantes, pues dicha entidad desplegó todas las actuaciones propias de su competencia para garantizar la vida e integridad de la menor María José Ortiz (fs. 352 a 357 c1).

b) La llamada en garantía JULIANA PÉREZ FARIAS

La señora Juliana Pérez Farias, respalda su defensa en el hecho de que en el expediente obra la noticia criminal adelantada por la Fiscalía General de la Nación por el deceso de la menor María José Ortiz, y que en dichas actuaciones se señaló que los hechos ocurrieron el 23 de diciembre de 2012, cuando la citada menor fue víctima de maltrato por parte de la mamá, evento que fue aceptado por la progenitora en entrevista que le realizara una Trabajadora Social.

Asegura que la niña también se encontraba desnutrida, presentaba baja talla para su edad y no la llevaban a controles médicos desde hacía un año, por lo que la afectación en la humanidad de la infante, según la epicrisis enviada por el Hospital Infantil San José, se presentó en el entorno materno.

Refuta el hecho de que la madre de la menor fallecida, a través de la presente demanda, pretende indemnización por tal evento cuando era la que le prodigaba maltratos y falta de cuidado.

Refiere que debe tenerse en cuenta lo señalado por la nutricionista del ICBF y la Trabajadora Social del Hospital Universitario de San José, que valoraron a la menor, y en sus informes señalaron que "*la niña ingresa al hospital infantil universitario San*

José el día 22 de diciembre del año 2012 por motivo de consulta "le pegó en la cola y se desmayó", por lo que resalta la magnitud del golpe, que le produjo la pérdida de conocimiento.

Destaca lo señalado en los reportes realizados por galenos en las valoraciones médicas hechas a la menor, para indicar que ésta era maltratada por la mamá y su compañera permanente, hecho que fue declarado por la hermana de la progenitora en declaración rendida ante la Fiscalía General de la Nación (361 a 358 del c1).

II-. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para decidir la presente acción, en los términos indicados en el artículo 155 - numeral 6° de la Ley 1437 de 2011.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los antecedentes anotados, le corresponde al Despacho establecer **si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, está llamadas a responder administrativamente por el deceso de la menor María José Ortiz,** ocurrido cuando la infante se encontraba bajo el cuidado de una madre sustituta perteneciente a la entidad demandada.

a) De los medios de prueba aportados al proceso:

Obran como pruebas relevantes para el debate de fondo, las siguientes:

DOCUMENTOS:

- Copia de la historia clínica de la menor María José Ortiz, expedida por el Hospital Infantil Universitario de San José (fs. 17 a 64 c1).
- Copia de la historia clínica de la menor María José Ortiz, expedida por el Hospital de Engativá (fs. 65 a 75 del c1).
- Registro Civil de Nacimiento y defunción de la niña MARÍA JOSÉ ORTÍZ (Fl. 83 y 84 c-1).
- Registro Civil de Nacimiento de Laura Isabel Forero Herrera, Cathalina Herrera Ortiz, Blanca Elsa Ortiz Rodríguez, Karen Yiseth Ortiz, Germán David Donado Pérez y José David Donado Pérez (fl. 85, 86, 87, 88, 117, 214 y 217 C1)
- Informe Pericial de Necropsia de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal (fs. 76 a 82 y 318 a 324 del c1).

- Copia de Ampliación y/o complemento de Necropsia practicada a la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ (fs. 325 a 326 c1).
- Copia de Informe Pericial de Laboratorio de Biología Forense practicado al cuerpo de la menor María José Ortiz (fs. 327 c1).
- Copia de Estudio Histopatológico elaborado por el Grupo de Patología Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal (fl. 328 a 329 c1).
- Acta de Constitución para Hogar Sustituto – madre sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS (fs. 162 C1).
- Copia de Lineamientos Técnico – Administrativo y Estándares de Hogares Sustitutos y Amigos del ICBF (Fs. 163 a 175 del c1).
- Copia de valoración de perfil nutricional de fecha 8 de enero de 2013, elaborado a la menor María José Ortiz (fs. 224 a 225 c1).
- Orden de Ingreso de la menor María José Ortiz, en fecha 4 de enero de 2013, al Centro Zonal de Engativá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Madre Sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS (fs. 226 c1).
- Acta de Colocación Familiar de la menor María José Ortiz, en el Hogar Sustituto de la señora Juliana Pérez Farias, elaborada en fecha 4 de enero de 2013 por la Defensora de Familia del ICBF (fs. 227 c1).
- Copia de Valoración Nutricional elaborada a la menor María José Ortiz, en fecha 4 de enero de 2013, por el Centro Zonal del Engativá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF (fs. 275 y 276 c1).
- Copia de oficio de fecha 4 de enero de 2013, dirigido por la Defensora de Familia del ICBF a los Hospitales de la Red de Servicios de Bogotá, en el que informa sobre el inicio del trámite de certificación de población Especial de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, por su condición de abandono y/o peligro (fl. 276 c1).
- Copia de actuaciones adelantadas dentro de proceso penal iniciado de Oficio por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la señora Karen Yiseth Ortiz, por el delito de violencia intrafamiliar, en la que figura como víctima la menor María José Ortiz. (fs. 1 a 19 y 30 a 239 c2).
- Copia de actuaciones adelantadas dentro del proceso penal tramitado por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la señora Karen Yiseth Ortiz, por el delito de lesiones en contra de la menor María José Ortiz, en las que figura como denunciante la señora Cathalina Herrera Ortiz (fs. 20 a 29 c2).

b) Hechos probados

Del examen del acervo probatorio, se desprende lo siguiente:

La niña MARÍA JOSÉ ORTÍZ **nació el 17 de octubre de 2010 y falleció el 11 de enero de 2013** (Fl. 83 y 84 c-1). Por lo tanto, en el mes de enero de 2013, la menor contaba con 2 años y 2 meses de edad.

El 22 de diciembre de 2012, la institución de salud HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, registró el ingreso por urgencias de la menor de edad MARÍA JOSE ORTÍZ, quien fuera llevada por su progenitora y la “*prima de la madre*”, tras comentar que la niña se había desvanecido cuando le golpeó en los glúteos y miembros inferiores. En el formato respectivo, señaló el centro asistencial como antecedentes:

"(...) LA PRIMA DE LA MADRE "DIANA" REFIERE QUE MADRE DE LA PACIENTE NO PERMITIA VISITAR A LA MENOR POR ENCONTRARSE "MALITA" POSTERIOR A GOLPES CON CORREA SUMINISTRADOS HACE CUATRO DIAS, CUANDO FAMILIARES DE LA MENOR LOGRAN PODER (sic) VER A LA MENOR, LA ENCUENTRAN EN MALAS CONDICIONES GENERALES, CON MULTIPLES ESQUIMOSIS FACIALES Y DESVANECIMIENTO POR LO QUE DECIDEN ASISTIR A SERVICIO DE URGENCIAS".

La unidad médica describió que, al examen clínico de la menor, encontró:

"PACIENTE EN REGULAR ESTADO GENERAL, AL EXAMEN FISICO DECAIDO, CON SIGNOS DE DESHIDRATACION GRADO I -II CON TENDENCIA A LA SOMNOLENCIA, PRESENCIA DE HEMIPARECIA DERECHA Y MULTIPLES EQUIMOSIS GENERALIZADAS, RELATOS DE LA MADRE NO CONCUERDAN CON LESIONES EN LA PACIENTE, SE CONSIDERA ALTA SOSPECHA DE MATRATO INFANTIL DADA CLINICA A LA PACIENTE (sic) SE INICIA MANEJO HOSPITALARIO, SE SOLICITA SET DE RADIOGRAFIAS, VIGILANCIA NEUROLOGICA ESTRICTA Y PARACLINICOS DE EXTENSION (,) SE SOLICITA VALORACION POR TRABAJO SOCIAL SE AVISA A POLICIA DE MENORES".

De igual manera, se indicó como diagnóstico de ingreso “*SINDROME DE MALTRATO, NO ESPECIFICADO*” y se dispuso su hospitalización (fs. 17 a 19 C1)

El 23 de diciembre de 2012, la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, tras habersele practicado múltiples exámenes y encontrarse en compañía de la tía, fue valorada por el servicio de **Ortopedia Pediátrica**, quien señaló que la niña presentaba “*PARESIA DE MIEMBRO SUPERIOR DERECHO SE REALIZARÁ REVALORACIÓN DE EXTREMIDADES CUANDO SE ENTRE MEJORA DE ESTADO NEUROLOGICO*”, y que la infante se encontraba en compañía de su abuela quien refería que la paciente tenía poca interacción con el medio (fs. 23 y 24 c1).

Seguidamente, el médico **pediatra** de turno, refirió "PACIENTE CON EVOLUCION CLINICA ESTABLE SIN MENCION DE COMPLIACIONES HASTA EL MOMENTO TOLERA VIA ORAL, SIN DISTRES, INGRESA POR EVIDENCIA CLINICA DE MALTRATO INFANTIL, SITUACION YA DESCRITA, ECONOGRAFIA ABDOMINLA NORMAL, RADIOGRAFIAS NO SE EVIDENCIA TRAZOS DE FRACTURAS, TAC DE CRANEO SIMPLE NO SE EVIDENCIA EVENTOS HEMORRAGICOS NI TRAZOS DE FRACTURAS, DE DEBE CONTINUAR CON MANEJO INSATURADO (,) CONCEPTO TRABAJO SOCIAL – ICBF" (fs. 23 c1)

En la misma fecha, el especialista en **Radiología** refirió que el resultado del TAC de cráneo simple practicado a la menor había sido "ESTUDIO CON LIMITACIONES TECNICAS DENTRO DE LIMITES NORMALES" y que el resultado del "TAC DE SENOS PARANASALES ...", fue "ESTUDIO DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES" (fs. 23 y 24 c1).

El día 24 de diciembre de 2012, el galeno especialista en **Ortopedia Pediátrica** diagnosticó "1. MALTRATO INFANTIL 2. LESION DE PLEXO BRAQUIAL" (fl. 24 c1). En la misma fecha, el servicio de Pediatría señaló que la menor se encontraba, entre otras, "SIN DEFICIT APARENTE ACTIVO REACTIVO HOY MAS DESPIERTA", y que se continuaría con manejo de analgésicos. En la interconsulta de la menor, por el servicio de Terapia Ocupacional, se conceptuó maltrato infantil (fl. 26 c1)

Por su parte el servicio de **Trabajo Social** del ente hospitalario, refirió:

"se responde interconsulta encontrando en habitación a paciente abuelita materna, paciete (sic) no contesta preguntas; abuelita refiere que la tía de María José fue quien se acercó al hospital con ella para que fuera atendida. Refieren que la niña vive normalmente con progenitora en la ciudad de Bogotá, no conocen con exactitud donde, que desde hace 2 meses abuelita no había podido ver a paciente porque progenitora no se lo permitía. Abuelita vive en Guaduas. Se realiza comunicación con Bienestar Familiar con funcionaria Ivón Pérez quien genera el número de radicado (...) e indica que la paciente no puede egresar con progenitora. Enviarán a policía de infancia y adolescencia para verificar el estado de la niña" (fl. 28 c1).

En la misma fecha, la menor María José Ortiz, fue evaluada por el especialista en Neurología Pediátrica, quien señaló que el estado de la menor era *regular* y que la paciente estaba *politraumatizada* (fl. 29 c1). Del mismo modo, se le practicó a la infante, una Resonancia Magnética de Cerebro, ante la que el servicio de Radiología concluyó "ESTUDIO DENTRO DE LOS LIMITES NORMALES" (fl. 30 c1).

El 25 de diciembre, el pediatra de turno señaló que "ABUELA REFIERE NOTARLA EN MEJORES CONDICIONES, RECIBE ALIMENTOS, MOVILIZA BRAZO IZQUIERDO Y LAS EXTREMIDADES INFERIORES.", justifica mantener la menor hospitalizada por falta de practica de una Resonancia Magnética de Plexo Braquial, así como para brindar *protección* por maltrato infantil (fs. 31 y c1).

El 26 de diciembre de 2012, la menor continúa en compañía de la abuela materna y presenta menos episodios álgidos, así lo señaló el área de Trabajo Social de la unidad médica, que refirió también que se estaba a la espera de direccionamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por el estado de la paciente, por lo que la menor debía permanecer en el centro asistencial (fl. 35 c1).

Según informe del servicio de Psicología, el día 26 de diciembre de 2012, se recibió entrevista de la madre de la menor quien *"reporta culpa y no entender por qué razón fue el maltrato; se permite entrada a visitar a la niña quien no reacciona ante la presencia de la mamá"* (fl. 35 c1)

El 27 de diciembre, el servicio de pediatría señaló *"PACIENTE CLINICAMENTE ESTABLE, LUCE BIEN, MEJOR INTERACCION CON EL MEDIO AMBIENTE SEGÚN ABUELA. SE INICIARÁ TERAPIA FISICA Y SE ESPERA REPORTE DE RMG PARA CONFIRMAR LESION DE MANGUITO ROTADOR. VALORADA POR OFTALMOLOGIA QUIENES SOLICITAN POTENCIALES EVOCADOS Y CONTROL POR CONSULTA EXTERNA. ADEMAS, CONTINUAMOS A LA ESPERA DE PRONUNCIAMIENTO DEL ICBF"* (Fl. 38 c1)

En la fecha, se realizó resonancia magnética nuclear del plexo braquial derecho, y como conclusión el servicio de Radiología señaló *"LESION INTERSTICIAL Y DESGARRO PARCIAL DE LAS RAICES DERECHAS DE C3 Y C4. DEBE CORRELACIONARSE CON LA CLINICA Y LOS ANTECEDENTES"* (FL. 40 c1).

La menor fue valorada por el servicio de **Neurología Pediátrica**, quien al examen físico señaló que la infante no establecía contacto visual con el examinador, no atendía órdenes, hacía fijación pero no realizaba seguimiento visual, poseía patrones de movimiento simétrico de las 4 extremidades, entre otras, y como conclusión anotó *"PACIENTE CON POLITRAUMATISMO, ALTERACION DEL SENSORIO, NO HAY SEGUIMMIENTO VISUAL DEFICIT VISUAL AFARENTE? (sic) EN EL CONTEXTO DE RESULTADO DE RESULTADOS POTENCIALES SE DEBE DESCARTAR INTOXICACION EXOGENA"* (fl. 41 c1).

El 28 de diciembre de 2012, el área de Toxicología determinó que la menor María José Ortiz, obtuvo un perfil toxicológico negativo, es decir, que no se consideraba que la paciente cursara con un proceso de intoxicación. Adujo, que se recomendaba manejo multidisciplinario con los servicios de Psicología, Terapia Física, Terapia de Lenguaje, Pediatría, Neuropediatría y Ortopedia (fl. 43 c1).

Ese mismo día, la niña fue valorada por el especialista en **Neurología Pediátrica** quien señaló que la menor se encontraba *"ALERTA, MIRADA FIJA, PUPILAS DE RTA LENTA BILATERAL, LENGUAJE ESCASO DE ADECUADA SINTAXIS, MOVILIZA LAS 4 EXTREMIDADES CON DISPRAXIS EN MANO DERECHA, ARREFLEXIA EN BICIPITAL DERECHO, NO HAY MOVI ANORMALES"*, seguidamente, el galeno recalcó que la paciente presentaba lesión de plexo braquial y compromiso visual, igualmente indicó que cerraba la interconsulta por ese servicio, pero que quedaría pendiente de cualquier otra solicitud por pediatría (fl. 44 c1).

Durante los días 29 al 31 de diciembre, la menor continúa en observación y valoración por los servicios de Terapia Ocupacional, Terapia del Leguaje, Fonoaudiología, Ortopedia y Pediatría, señalando este último, que la niña, según relatos de la abuela, pasaba buenas noches, tranquila, sin picos febriles, que tolera la vida oral sin dificultad y nota una mejoría leve de interacción con el medio (fs. 45 a 48 c1).

El 30 de diciembre, según nota del especialista en **Terapia Física**, la menor María José Ortiz, ese día se encontraba en compañía de los abuelos, se observaba más animada y realizaba marchas con ayuda en la habitación, pero que había llorado en toda la terapia (fl. 50 c1).

El 31 de diciembre, el área de Ortopedia señaló que la paciente se encontraba en buen estado general, activa hidratada, toleraba la vía oral, al parecer no mostraba agudeza visual con el ojo izquierdo, tomaba objetos y los seguía, presentaba hematoma en la parte derecha de la cara en resolución, efectuaba movilidad espontánea y realizó marcha sola, pero con inestabilidad. Finalmente conceptuó el galeno, "*PACIENTE QUIEN NO HA PRESENTADO FIEBRE CON MEJORIA DE SU FUNCION DE LA EXTREMIDAD SUPERIOR MEJOR RELACIONADA CON EL ENTORNO, OBEDECE ALGUNAS ORDENES Y PERMITE MEJOR CONTACTO (...)*". Finalizó señalando, que se sugería mantener cuidados generales, continuar con terapia física y trabajo social (fl. 50 c1).

El 1 de enero de 2013, la menor continuaba en el centro asistencial en compañía de la abuela a la espera de instrucciones por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. De igual forma, continúa en observación y valoración médica de Ortopedia, Pediatría, Terapia Física y Trabajo Social (fs. 51 a 54 c1).

El 2 de enero de 2013, se le practica a la menor resonancia magnética de columna vertebral con resultado dentro de los límites normales (fl. 56 c1).

En la fecha, el área de psicología evaluó la niña María José Ortiz, y resaltó "*Se recomienda al salir de la hospitalización entrega INMEDIATA a la abuela ya que la niña necesita para su salud mental continuar con el vínculo creado con ella en la hospitalización*" (fl. 57 c1) (Mayúscula en original del texto).

Durante los días 2 y 3 de enero de 2013, la infante continuó en observación y valoración entre otros, por los servicios de Oftalmología, Ortopedia y Pediatría, y coinciden en señalar a parte de los diagnósticos de "*MALTRATO INFANTIL, MONOPRESIA SECUNDARIO A LESION DEL PLEXO BRANQUIAL*" y "*ESTRABISMO CONCOMITANTE CONVERGENTE*", que la menor se observaba en buenas condiciones de actitud, con mejor interacción con el ambiente y pasaba las noches tranquilas (fs. 59 a 60 c1).

El 4 de enero de 2013, el área de Ortopedia Pediátrica señaló "*PACIENTE QUIEN HA MEJORADO SIGNIFICATIVAMENTE DE SUS LESIONES Y PATOLOGÍA DE MIEMBRO SUPERIOR DERECHO (...), AYER SE COMENTO CON DR FORIGUA QUIEN CONSIDERA QUE POR SU UENA (sic) EVOLUCION SE PUEDE DAR SALIDA CON CONTROL AMBULATORIO, SE COMENTO CON TRABAJO SOCIAL (...) SE EXPLICA A LA ABUELA EL PLAN A SEGUIR LOS CUIDADOS Y LOS CONTROLES*". También adujo el referido profesional de la salud en la anotación respectiva, que la menor ya realizaba marcha sola, sin apoyo y sin inestabilidad (fl 62 c1).

Ese mismo día, la unidad hospitalaria dio de alta a la menor María José Ortiz, y emitió autorización de egreso tras evidenciar buenas condiciones de salud y carecer de incapacidad funcional. Se indicó como diagnóstico de egreso, *traumatismo no especificado en miembro superior*, y se dieron recomendaciones de cuidado. Así mismo, se consignó en la historia clínica que la menor salía hacia "*BIENESTAR FAMILIAR PARA DEFINIR CONDUCTA*" (fl. 63 c1).

-. El día **4 de enero de 2013**, el Centro Zonal del Engativá del Instituto Nacional de Bienestar Familiar, emitió *orden de ingreso* de la menor María José Ortiz de dos años de edad, con motivo de maltrato, a cargo de la madre sustituta Juliana Pérez Farias (fl. 226 c1).

-. Según Acta de Colocación Familiar elaborada en fecha **4 de enero de 2013**, por el Centro Zonal del Engativá – Regional Bogotá del Instituto Nacional de Bienestar Familiar, la menor de edad María José Ortiz fue puesta bajo cuidado y protección de la señora Juliana Pérez Farias, en su condición de madre sustituta. En el acta respectiva, se señalaron los deberes que se le asistía a la madre sustituta para con la menor que recibía (fl. 227 c1)

-. El día **4 de enero de 2013**, la menor de edad es valorada por una médica nutricionista del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien en el informe respectivo señaló como impresión diagnóstica que la infante María José Ortiz se encontraba en *riesgo de peso y talla baja para la edad*, y que según antecedentes médicos y evidencia clínica, se evidenciaba negligencia por parte de la madre biológica de la menor en gestionar atención médica con la niña para su debido crecimiento y desarrollo, por lo que sugiere adoptar medidas de restitución de derechos de la menor y valoración por medicina legal (fl. 275 c1).

-. En fecha **8 de enero de 2013**, la niña María José Ortiz, es valorada por una Nutricionista Dietista del Centro para el Reintegro y la Atención del Niño – CRAN, quien señala que la menor se encuentra baja de talla para la edad (fl. 224 a 225 c1)

-. En horas de la mañana, siendo las **11:12 horas del día 11 de enero de 2013**, la menor María José Ortiz, ingresó por el servicio de urgencias de la ESE Hospital de Engativá. Se indicó en el formato de ingreso, que la menor presentaba *nauseas y vómito* como diagnóstico principal, y *Síndrome de Maltrato no especificado* como "*Relación De Diagnóstico*"; y que no toleraba vía oral por vómitos, tras recibir cantidad

excesiva de alimentos. Tal relato fue realizado por la madre biológica, según se indicó en la historia clínica.

Sin embargo, se dejó consignado que la menor presentaba trauma en la cabeza con equimosis frontal derecha leve, sin fracturas y que no presentaba déficit neurológico. Al final, se dispuso manejo de los síntomas con sales de rehidratación y un medicamento para las náuseas. Seguidamente se ordenó salida de la menor del centro asistencial (fs. 71 y 74 a 75 c1).

Siendo las **21:15 horas de ese mismo día**, se registra nuevamente el ingreso de la menor María José Ortiz, a la ESE Hospital de Engativá, **sin signos vitales**. Se indicó como diagnóstico principal *"MUERTE INSTANTANEA"*, con antecedentes de *"APNEA SIN CAUSA CLARA, MALTRATO INFANTIL SEVERO QUIEN REINGRESA EN PARO CARDIORESPIRATORIO SIN SIGNOS VITALES, CON ASISTOLA SE SUMINISTRARON MANIOBRAS DE REANIMACION SIN RESPUESTA A LAS MISMAS."* (fl. 67 c1).

Se refirió en la historia clínica, que la menor había ingresado a la unidad médica en brazos de la señora Andrea Romero – vecina de la paciente y auxiliar de enfermería- sin signos vitales en paro cardiorrespiratorio, palidez generalizada, sin reflejo pupilar y que no reaccionó a maniobras de reanimación.

Se indicó que la menor, en momentos previos a ese suceso, se encontraba en compañía de la señora Juliana Pérez, madre sustituta, viendo televisión y presentó apnea y cianosis. También se dejó consignado en la historia clínica, que la menor había estado asintomática desde el 4 de enero de 2013, cuando fue recibida por la madre sustituta, pero que desde el día anterior -10 de enero de 2013-, cuando recibió visita de la madre biológica, la niña empezó con varios episodios de vómito y rigidez generalizada, ante lo cual el día 11 de enero de 2013, consultaron al centro asistencial pero que fue devuelta al hogar sustituto, y que siendo casi las ocho de la noche de ese mismo día, la infante presentó nuevo episodio de rigidez y desvanecimiento de casi un minuto, y que cuando llegó la señora Andrea Romero – auxiliar de enfermería y vecina, quien fuera llamada por un vecino de la madre sustituta- al auxilio de la menor, ésta ya se encontraba con cianosis peribucal y pupilas dilatadas, por lo que de inmediato se llevó al centro asistencial, sin que la infante respondiera ante estímulo cardíaco que se le brindó mientras llegaban al hospital (fl. 69 c1).

-. El INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL elaboró un Informe Pericial de Necropsia sobre el cuerpo sin vida de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ; al respecto, conceptuó la entidad:

- "1. Cadáver de niña de 2 años con signos externos de traumatismo en la cabeza.
2. Hematoma y equimosis sobre la zona frontal derecha. Hematoma laminar oval en la superficie interior del cuero cabelludo parietal derecho que mide 4 x3. Hematoma laminar oval en la superficie interior del cuero cabelludo parietal

derecho que mide 1.1 x 1.2 cm. Múltiples hematomas laminares ovals sobre la superficie interior del cuero cabelludo Occipital.

3. Áreas difusas de hemorragia subaracnoidea.

4. Hematoma subdural coagulado pequeño sobre el polo posterior del lóbulo Occipital derecho.

5. Sin fracturas en el Cráneo ni fracturas en los huesos largos.

6. Hematomas alrededor de ambos nervios ópticos.

ANALISIS Y OPINION

CONCLUSION PERICIAL: Fallece como consecuencia de hematoma subdural y hemorragias subaracnoideas debido a traumatismo craneoencefálico contundente. (...)

MANERA DE LA MUERTE: Violenta

CAUSA INMEDIATA DE MUERTE: Hematoma subdural y hemorragia subaracnoidea.

CAUSA BASICA DE MUERTE: Traumatismo contundente en la cabeza.” (Fs. 319 a 324 c1).

De igual forma se señaló en el respetivo informe que la descripción de las lesiones traumáticas, lo habían sido por “OBJETO CONTUNDENTE”.

Dicho informe pericial fue objeto de Ampliación/Complementación por parte del mismo Instituto Nacional de Medicina Legal, en el que se consignó como conclusión de la causa de la muerte “**Síndrome de niño sacudido**”, y que la manera de la muerte había sido “*Homicidio dentro del contexto de maltrato infantil.*” (fs. 325 a 326 c1).

La Fiscalía General de la Nación, de oficio, dio apertura a una investigación penal por los delitos de Violencia Intrafamiliar y Homicidio Preterintencional Agravado de la menor María José Ortiz, en contra de la señora KAREN YISETH ORTÍZ

Dentro de dichas investigaciones, se tomó la declaración de la señora Juliana Pérez Farias, en calidad de madre sustituta de la menor María José Ortiz, quien relató lo que conoció sobre el estado de la menor al momento en que la recibió, el comportamiento de la infante durante el tiempo que estuvo con ella y los momentos en que la menor empezó a presentar deterioro de la salud. Así refirió:

“PREGUNTA: informe todo cuanto sepa y le conste acerca de la muerte de la menor (...) el pasado 12 de enero de 2013, como madre sustituta del I.C.B.F.

CONTESTO: Yo soy madre sustituta desde el año 2005, en el hogar se reciben niños de 0 a 18 años, es en mi casa (...) a mi me llaman el 4 de enero de este año, me llamaron del CRAM entidad que supervisa hogares sustitutos del ICBF, me llamó la doctora MARLEN no se el apellido, es la coordinadora de hogares sustitutos, me dijo que había una niña de 2 años que acaba de salir del hospital que si yo la podía recibir, ella me explica que es una niña que tiene maltrato severo por parte de la progenitora aparentemente, (...) yo le dije que si se la recibía, (...) me llevé la niña, cuando llegue al apartamento la niña se despertó y cuando me vio se puso a llorar y no quería entrar al conjunto, le hable y entramos al apartamento, ya eran las 6 de la tarde, le di comida y le puse

*pijama, la niña se puso a ver televisión y al momento la niña se paró y empezó a decir en forma nerviosa que tenía popo y se movía mucho, como desesperada, yo inmediatamente me fui al baño, no hizo popo, pero hizo chichi, orino, muy poquito, eso era cada diez minutos, y siempre se paraba como desesperada diciendo popo, esa noche comió y se durmió, al otro día fue normal, comió no lloró, lo único anormal era que siempre hacía eso, se paraba desesperada a decir que tenía popo pero hacía chichi y era una gótica esto lo hizo como veinte veces al día, (...) el comportamiento de la niña era normal, no lloró, comió bien pero lo raro que a todo momento era con eso de popo (...) eso fue así hasta el miércoles 9 de enero de 2013 (...). Al otro día el 10 de enero de 2013 que era jueves, la niña tenía visita en el centro zonal de Engativá con la mamá de 9 a 11 de la mañana, yo la llevé, me recibió la psicóloga y me dijo que la visita la hacían en el segundo piso, y que la iba a supervisar ella la Doctora Johana Osorio. Subimos al segundo piso, a los diez minutos llegó **la mamá de la niña KAREN, la alzo la beso, y la llevo para la otra oficina, nosotras escuchábamos**, la doctora y yo normal todo, la Doctora me pregunta cómo estaba la niña que como había estado esos días que había pasado conmigo, **yo le dije que bien pero le conté la situación que me decía que pedía hacer popo de esa forma desesperada** pero que hacía era chichi, orinaba solamente y poquito, la niña como era discapacitada de su parte derecha del cuerpo tenía un ojito el derecho desviado, su bracito y su piernita, que se estaba investigando porque ella presentaba eso, la doctora me preguntaba que si yo había notado dolor en la niña, lo único que le dije, que un día que le estaba dando comida la niña se le notaba desespero al comer como si estuviera caliente la comida pero no estaba caliente, yo le hice ese comentario, ella me dijo de pronto los músculos de la garganta se le estaba afectado y que tenía que tener cuidado con eso, se acabó la visita, que duró como dos horas de 9 a 11, la mamá KAREN tenía alzada la niña, la bajo en brazos al primer piso, **pero la niña lloraba desde que ella la cogió y la alzo la niña empezó a llorar y no paró**, tan pronto yo recibí la niña dejó de llorar, yo cogí taxi y me fui para el apartamento, llegue como a las 12 del día, la niña se hizo con los otros niños y se puso a coger unas fichas, yo me puse a mirarla y lo que hacía era que cogía la ficha y las soltaba al piso, cuando recogía las fichas al agacharse se quejaba, y de un momento a otro se vomitó, fue un vómito abundante, era como rosado con cereal, como en la visita la mamá le dio mucha comida a la niña, se vomitó, la niña me miró se asustó y se cayó, se puso a llorar, se alcanzó a pegar con un mueble en la frente, fue un golpe leve, pero sobre ese golpe que fue leve, ella tenía otro golpe, yo la levanté, la limpie y la niña me miro pensando que yo le iba a pegar me miraba aterrorizada, me vomito como tres veces más se ponía rígida, estiraba los pies y las manos y después se relajaba, unía si quijada con el pecho, inmediatamente llamé a la psicóloga, y le conté me dijo que si seguía así tocaba llevarla a urgencias, la niña se calmó y no hubo necesidad de llevarla a urgencias, la cambie le di su comida y la acosté, al otro día viernes 11 de enero de 2013 se levantó normal le di su desayuno, nos fuimos a encontrar con la mamá de KAREN porque tenía cita médica a las diez de la mañana, no habíamos salido y se volvió a vomitar se puso mala, llame a la psicóloga y le informe, inmediatamente me fui para la clínica, por el camino se fue vomitando (...) llegamos al hospital de Engativá, (...) se me acercó el vigilante diciendo que había llegado la mamá, yo no me sali, me llamó la Psicóloga diciendo que la mamá estaba diciendo que la niña tenía la cabeza sangre (sic) que no era cierto, me llamó el doctor entró la niña la valoró y me dijo que había sido una indigestión estomacal por que le habían dado mucha comida, cuando la estaba*

valorando el doctor volvió a vomitar y le dio ataque que le daba y dijo que doctor que era un espalmo al llanto (sic), en ese momento entró la mamá KAREN gritando y cogió la niña el doctor le dijo que la niña estaba baja de peso y que estómago era pequeño y que le dio mucha comida, ella me dijo que qué había pasado con el golpe, el médico le dijo que era un golpe leve y que no tenía ningún trauma, nos dio la orden para que le diéramos pedialite y se le aplicara una inyección, (...) me entregaron a la niña (...) en el trayecto a la casa la niña vomitó, le di pedialite, llegue a la casa, le di almuerzo, la niña se puso a ver televisión, toda la tarde estuvo frente al televisor, yo la vaia rara, (...) le daba pedialite y lo vomitaba, la empijame como a las 6 de la tarde, al ponerle la pijama se volvió a vomitar, se volvió a poner rígida, se orinó, la mire y le volvió a dar ataque, le eche alcohol y agua en la carita pero no reaccionó me fui inmediatamente y llame a los vecinos, y el vecino ARMANDO no se apellido, llamó al 123, mi vecina VIKI la esposa de él, cogió la niña y me dijo que tenía el corazón acelerado, la niña se le empezó a poner la cara con puntos rojos, luego una enfermera vecina de nombre ANDREA ROMERO GONZALEZ, es auxiliar, (...) y dijo que la niña estaba en paro, y se la llevaron a la clínica rápido, no pude ir porque tenía más niños, pero llegue después, porque fue enseguida que entre a la casa saque los documentos plata y llegue a urgencias del Hospital Engativá, ya la tenía en reanimación con masajes en el pecho(...) yo llamaba a la doctora JOHANA, ahí salen los médicos me dicen que le hicieron todo que no se puedo hacer más (...)” (fs. 202 a 205 c2) (Subraya el Despacho).

-. En cuanto a la relación existente entre la madre sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS y la entidad aquí demandada, obra en el plenario el Acta de Constitución para Hogar Sustituto a cargo de la señora JULIANA PÉREZ FARIAS, quien se desempeña como madre sustituta desde el 4 de noviembre de 2005. Igualmente fue aportado documento contentivo de los *LINEAMIENTOS TÉCNICO – ADMINISTRATIVOS Y ESTANDARES DE ESTRUCTURA DE HOGARES SUSTITUTOS Y AMIGOS*, elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Fls 162 a 175 c-1).

c) Análisis del Despacho

-. De la responsabilidad del Estado por falla en el servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Con la Ley 7 de 1979, se instituyó el Sistema de Bienestar Familiar como un servicio público a cargo del Estado, encaminado a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes. Así mismo, 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.

Los artículos 50 y 51 de la Ley 1098 de 2006, por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, señalan:

"Artículo 50. Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados."

"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." (subrayado fuera de texto).

Ahora, sobre las medidas que pueden adoptarse para garantizar el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 53 ibídem, esboza:

"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:

(...)

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 1°. 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.

(...)”

A su turno, el artículo 59 del mismo estatuto, indica:

“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.” (Subrayado fuera de texto).

Según lo previsto en el artículo 79 de la normatividad en mención, la autoridad competente para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, serán **las Defensorías de Familia** que, según dicha ley, son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Así mismo, el artículo 82 señala que son funciones del Defensor de Familia, las siguientes:

“Artículo 82. Funciones del Defensor de Familia. Reglamentado por el Decreto Nacional 4840 de 2007. Corresponde al Defensor de Familia:

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

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

(...)” (Subrayado por el Despacho)

De otra parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha reconocido de manera

expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños irrogados a menores mientras se encuentren bajo el cuidado y protección de dicha entidad **durante la ejecución de una medida de protección**. Sobre el particular, la jurisprudencia ha discurrido de la siguiente forma:

*"En concepto de la Sala, la suma de las anteriores disposiciones muestra con claridad que los Hogares Comunitarios dependen administrativa, operacional y financieramente del I.C.B.F. y que son los organismos encargados de desarrollar gran parte de sus objetivos, en particular el Sistema de Bienestar Familiar considerado un servicio público a cargo del Estado, es decir, cumplen una función pública, esto es la protección de la niñez colombiana. "Dicho Instituto, como entidad rectora de bienestar familiar, controla y supervisa el funcionamiento del programa e imparte autorización a quienes se desempeñan como madres comunitarias, previo el lleno de requisitos también determinados por el I.C.B.F. "A la luz de las anteriores normas y analizadas en conjunto las pruebas allegadas al proceso, tanto directas como indiciarias, la Sala deduce con certeza, como lo hizo el a quo, que en el caso sub judice se estructuró una falla del servicio por omisión a cargo de la administración, en este caso el ICBF, dado que el niño MAYCOL ESTEVENS RAMIREZ CADAVID falleció en el Hogar Comunitario dirigido por la madre comunitaria señora AURA INES PELAEZ DE ECHEVERRY, cuando esta se encontraba ausente del Hogar, es decir, que fue negligente en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes frente al cuidado del niño."*²

En otra oportunidad, la jurisprudencia sobre el particular señaló:

*"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.**" Los hogares comunitarios fueron concebidos institucionalmente como un programa a manera de mecanismo de participación de la misma ciudadanía de escasos recurso como aporte al Estado en la solución de sus problemas apremiantes. Pese a la estructura organizativa interna que se le ha dado a los hogares comunitarios y la forma como ellos funcionan pues tienen personería jurídica independiente, es innegable el nexo representativo que surge con el I.C.B.F., tanto es así que el distintivo utilizado para que el público los pueda identificar es el de Hogar Infantil adscrito al Instituto. "Asimismo, pueden comentarse otras circunstancias que también permiten su vinculación, como son: la permanente coordinación y asesoría del Instituto sobre los hogares comunitarios, el aporte también permanente que de su presupuesto hace el Instituto para el sostenimiento de éstos; la capacitación y escogencia del personal que los manejarán, entre otros. Las asociaciones de*

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de septiembre de 1998, exp. 11130, M.P. Juan de Dios Montes Hernández.

*padres que administran tales hogares aunque tienen personería jurídica propia no son entes completamente autónomos del Instituto. Ellos contribuyen con la entidad pública citada en forma mancomunada en la prestación del servicio público. Dichos hogares no son de ninguna manera una forma de administración delegada, sino un mecanismo de participación ciudadana en la ejecución de una función que le corresponde al Estado. El ente público permite que los particulares coejecuten con él un cometido público que si bien lo pueden hacer en forma independiente no les es permitido desarrollarlo por fuera de parámetros y límites que la misma institución les traza. De ahí que no puede sostenerse que el programa de los hogares comunitarios pueda funcionar como rueda suelta de todo el endrenaje (sic) que para tal efecto ha diseñado el Instituto. **"En el asunto sub-examine la madre comunitaria no obstante carecer de vínculo laboral alguno con la entidad demandada sí presta a un nombre una función pública a favor de la niñez de escasos recursos, 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."**³ (Subrayado fuera de texto).*

Sobre los daños ocasionados a menores de edad en **hogares sustitutos**, el Consejo de Estado, ha indicado:

"De conformidad con lo anterior, no hay duda que los citados menores sufrieron maltratos y abusos sexuales en el hogar sustituto al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., razón por la cual la entidad demandada deberá responder por los perjuicios que dicha situación les produjo a los demandantes.

*"El artículo 44 de la Constitución Política prescribe que la vida, la **integridad física**, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión son derechos fundamentales de los niños, a lo cual agrega que éstos serán protegidos contra toda forma de abandono, **violencia física o moral**, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. En el mismo contexto, la norma advierte que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, por lo que, en atención a dicho mandato, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Lo anterior -se entiende- es consecuencia directa de lo previsto en el último aparte de la norma, según el cual, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."⁴ (Se subraya).*

*"Volviendo al caso concreto, puede concluirse que los menores John Anderson y Paola Andrea González Henao fueron separados injustificadamente de su familia, y habida cuenta que está demostrado en el proceso que ellos fueron víctimas de abuso sexual y **descuido en el hogar sustituto al servicio del***

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 1993, exp. 8218, M.P. Julio César Uribe Acosta.

⁴ Corte Constitucional T-1226124 de 23 de febrero de 2006; M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

*Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, I.C.B.F., lo cual evidencia que se configuró una falla en la prestación del servicio imputable a la entidad demandada, ésta será condenada al pago de los perjuicios que dicha situación les produjo a los demandantes. "Hechas las anteriores precisiones, la Sala revocará la sentencia de 22 de julio de 1998, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda."*⁵

De conformidad con lo anterior, es claro que resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables.

Ello, por cuanto, en efecto **el ICBF ejerce una posición de garante frente a los menores que se encuentren bajo su cuidado y/o custodia**. Así lo ha sostenido la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al señalar:

*"Tal y como quedó demostrado, para el instante de los hechos, la menor Natalia Sandoval Martínez se encontraba en una situación de incapacidad dada su corta edad -7 meses-, lo cual le impedía autodeterminarse y/o protegerse; además, porque su madre la entregó en buenas condiciones de salud para su cuidado y protección al Hogar Comunitario, razón por la cual éste asumió **posición de garante** respecto de la vida e integridad de la menor, inclusive frente a la posibilidad de que se causara daño a sí misma; es decir, que de conformidad con el ordenamiento jurídico el ICBF estaba compelido a impedir la concreción del resultado daños--"*

Respecto de la posición de garante, esta Sala ha razonado de la siguiente forma:

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

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

Así pues, el ICBF a través del Hogar Comunitario "Mis Monachitos", tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad de la menor Natalia Sandoval Martínez; sin embargo, se

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 18195, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez.

abstuvo de ejercer un riguroso cuidado sobre dicha menor puesta bajo su cuidado y protección, pues como quedó establecido, la menor sufrió un trauma craneoencefálico que le produjo la muerte mientras se encontraba bajo el cuidado y protección de un hogar comunitario adscrito al ICBF.”⁶

Ese criterio jurisprudencial, continúa vigente y es aplicado por el H. Consejo de Estado, en casos en los que se producen daños a menores de edad que se encuentran bajo el cuidado y protección de una madre sustituta que presta dicho servicio por cuenta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Así ha indicado:

"17.- La responsabilidad por la asunción del riesgo (posición de garante) sustenta la obligación indemnizatoria del Estado (i) en relación con los bienes, en los eventos en los que ha recibido su tenencia, que es lo que ocurre en los casos de decomisos o retenciones, cuando estos se pierden o se devuelven deteriorados a su propietario; y (ii) en relación con las personas, particularmente en el caso de las lesiones o muertes sufridas por los conscriptos y por las personas privadas de su libertad en un centro de reclusión. Frente a estos últimos, en la medida en que se trata de personas que se encuentran por cuenta de las autoridades sin el concurso de su voluntad, sobre el Estado pesa una obligación de resultado que lo obliga a responder por los daños que sufran durante su detención.

En este punto se ha dicho:

<< (...) Es cierto que frente a los reclusos y conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo cual significa que si no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un simple comportamiento sino la obtención efectiva de un resultado determinado.>>

<< (...) En efecto, el carácter particular de esta situación implica que corresponde al Estado garantizar la seguridad de las personas privadas de la libertad y la asunción de todos los riesgos que, en esa precisa materia, se creen como consecuencia de tal circunstancia. Bajo esta óptica, demostrada la existencia de un daño antijurídico causado, en su vida o en su integridad corporal, a quien se encuentra privado de la libertad puede concluirse que aquél es imputable al Estado, salvo en los casos en que éste haya ocurrido por una causa extraña, cuya demostración corresponderá a la parte demandada">>

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de noviembre de 2013, exp. 29533, M.P. Hernán Andrade Rincón. Véase también Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2014, exp. 28077, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

18.- El razonamiento anterior aplica plenamente al caso sub judice, en el que el daño imputado a la entidad es la muerte de una niña de 17 meses de edad por "insuficiencia respiratoria aguda secundaria a asfixia mecánica. Sofocación por obstrucción de vía aérea. Broncoaspiración alimentaria" y el mismo ocurrió cuando la niña se encontraba bajo el cuidado de una madre sustituta que prestaba un servicio por cuenta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el cual comprendía suministrarle la alimentación a la menor. En los términos de la doctrina de la imputación objetiva no sólo está probado que se asumió un riesgo, sino que está probado que <<ese riesgo es el mismo que se ha concretado en la producción del resultado>>.

19.- Se anota aquí que la posición de garante se estructura en casos excepcionales y los criterios de determinación de su existencia provenientes del derecho penal, que es donde se estructura esta noción, sirven también para delimitarla: << no se es garante de todo lo que en cualquier lugar y momento le suceda al bien garantizado, sino que también debe mirarse en cada caso concreto, dependiendo del contenido del deber jurídico cuál es el alcance de las funciones de protección y vigilancia.>>. El <<deber jurídico>> del que nace la posición de garante puede surgir de la ley o de un contrato, pero particularmente surge de su asunción voluntaria o de la denominada <<injerencia>> del responsable o de la <<asunción del dominio del riesgo>> siempre y cuando <<lleve al sujeto u objeto protegido a una situación de decisiva dependencia respecto del primero>>, la cual también surge cuando la persona <<asume voluntariamente controlar una fuente que existe previamente>>. Frente a quien asume el riesgo, se encuentra el <<garantizado o protegido>> que es <<quien tiene el derecho a ser salvaguardado de los riesgos que se ciernen sobre él>>”

De conformidad con lo anterior, queda ampliamente establecido que el ICBF ostenta una posición de garante frente al cuidado y protección de los menores de edad respecto de los cuales ejerce custodia temporal en virtud de medidas de restablecimiento de derechos que impone cuando advierte alguna vulneración o peligro en los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Análisis del Despacho

En el presente caso, las pruebas documentales y testimoniales enunciadas en la presente providencia, permiten establecer sin lugar a dudas que la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ perdió la vida, cuando se encontraba al cuidado de la madre sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS, quien fuera debidamente escogida por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR; designación que para el efecto realizó la Defensora de Familia que conoció del caso, a través del diligenciamiento del Acta de Colocación Familiar, suscrita el 4 de enero de 2013.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de agosto de 2020, exp. 44345, M.P. Martín Bermúdez Muñoz.

En efecto, la prestación del servicio público de bienestar y protección a la niñez, le corresponde al ente demandado ICBF, quien en el caso bajo examen, a través de la Defensora de Familia dispuso adoptar como medida de restablecimiento de derechos de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, víctima de maltrato, que su cuidado y protección lo ejercería temporalmente la madre sustituta JULIANA PÉREZ FARIAS, a fin de detener la violación o amenaza de los derechos que estaba sufriendo la menor, al interior del hogar y seno materno.

Las madres sustitutas designadas por la entidad demandada, prestan **un servicio público esencial de bienestar familiar** encaminado a la protección específica de la niñez colombiana, así como para la efectividad de los derechos de los niños contenidos en el artículo 44 Superior, de ahí que, la naturaleza de dicho servicio no se traslade ni se transforme en virtud de la existencia o inexistencia de un vínculo contractual con las madres sustitutas, sobre todo si se tiene en cuenta que los hogares sustitutos se constituyen con el aval, intervención y supervisión del ICBF, así se desprende del análisis de lo dispuesto en los Lineamientos Técnico Administrativos y Estándares de Estructura de Hogares Sustitutos y Amigos⁸, aprobados mediante la Resolución N° 578 DE 2005 del ICBF, según los cuales dichos lineamientos *"contribuyen a mejorar la gestión institucional en las diferentes dependencias en el Instituto, por cuanto contienen el marco conceptual, normativo y metodológico para la organización, puesta en marcha, contratación y seguimiento de las diferentes modalidades de atención a la niñez y la familia en situación de vulnerabilidad social y de vulneración de sus derechos."*

Del mismo modo, en dicho documento se hace referencia no sólo a los aspectos generales del funcionamiento del programa y su financiación por parte del Estado, sino que además se detallan todos los aspectos a tener en cuenta para la selección e implementación de un hogar sustituto, aspecto sobre el cual, la entidad demandada conserva su deber de supervisión y vigilancia y, adicionalmente, está facultado para ordenar la pérdida de la calidad de hogar sustituto de forma inmediata y definitiva.

Por lo tanto, y si bien es cierto, la madre sustituta carecía de vínculo laboral alguno con la entidad demandada, lo cierto es que, ésta sí prestaba a su nombre una función pública a favor de la niñez y desarrollaba los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. De ahí que, sus acciones u omisiones son fuente de responsabilidad del ICBF.

Sumado a ello, ha de resaltarse, lo que la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, sostiene frente a la situación del ICBF cuando asume el cuidado de menores en estado de amenaza, y es que dicha entidad asume una **posición de garante** frente a la protección de la vida e integridad física del niño o niña respectivo, para lo cual debe adoptar las medidas de protección idóneas que garanticen la salvaguarda de los derechos fundamentales del menor bajo circunstancia de amenaza.

⁸ Fs. 161 a 175 del cuaderno principal, documentos aportados por el ICBF.

Así lo prevé el Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual, uno de los elementos que garantiza dicho amparo, consiste en ordenar como medida de restablecimiento de los derechos el retiro inmediato del menor de la actividad que amenace o vulnere sus derechos y ubicarlo en un programa de atención especial, entre ellos, hogares sustitutos.

Por lo anterior, es claro que los daños sufridos por menores que se encuentren al cuidado de hogares sustitutos, el Estado a través del ICBF, está obligado a resarcir los perjuicios que se llegaren a causar.

Para el caso *sub examine*, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la entidad demandada, está llamada a reparar el daño antijurídico concretado.

Como se anotó, de conformidad con el material de convicción allegado al proceso se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico que fundamentó el presente medio de control, en tanto la muerte de la menor María José Ortíz, supone, por sí misma, una aminoración de distintos bienes jurídicos protegidos y amparados por el ordenamiento jurídico.

Para el Despacho el daño es causal y jurídicamente atribuible a la entidad demandada, por las siguientes razones:

Tal y como quedó demostrado, para el instante de los hechos, la menor María José Ortíz, se encontraba bajo la custodia y cuidado de una madre sustituta designada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en cumplimiento de una medida de restablecimiento de derechos que había sido implementada, desde el 4 de enero de 2013, por la Defensora de Familia que conoció del caso de maltrato infantil y desnutrición que padecía la menor, el cual fue reportado por el HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, cuando la infante se encontraba hospitalizada en dicho centro asistencial, por presentar múltiples lesiones en varias partes del cuerpo que le habían sido propinadas por su progenitora.

En tal virtud, para el instante de los hechos, esto es, el 11 de enero de 2013, el ICBF ostentaba la posición de garante respecto de la vida e integridad de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, cuando impuso como medida de restablecimiento de derechos, a través de una madre sustituta, proporcionar el cuidado y atención personal de la niña, luego de que tuviera que retirarla del hogar materno con ocasión de la violencia familiar de que estaba siendo víctima.

Si bien el ICBF no fue el causante del maltrato y las lesiones físicas que dieron lugar a que la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ fuera hospitalizada desde el 22 de diciembre de 2012 al 4 de enero de 2013, lo cierto es que, la entidad pública sí estaba obligada a velar porque la niña superara esas afecciones y se recuperara física y psicológicamente del

maltrato infantil que padecía, en el marco de un debido y completo restablecimiento de los derechos de los niños y niñas que están siendo amenazados o vulnerados.

Empero ello no fue así, pues tal y como quedó demostrado, el momento en que la menor salió del Hospital Universitario San José y fue entregada al hogar sustituto, esto es, el día 4 de enero de 2013, la niña se encontraba en muy buen estado de salud, con buena actitud, más ánimo, mostraba mejoría en la interacción con el ambiente, hacia caminatas en el cuarto y pasaba noches tranquilas en compañía de su abuela materna. Así lo reportaron varios médicos especialistas que evaluaron el progreso de la menor durante su estancia en esa sede hospitalaria.

En efecto, en el referido centro hospitalario le fueron practicados a la niña, múltiples exámenes especializados, entre otros, una resonancia magnética de cerebro y de columna vertebral, que arrojaron como resultado, de un lado, que los mismos se encontraban dentro de los límites normales, es decir que, para esos momentos, se descartó que la menor presentara alguna afección o lesión grave en su cabeza o cerebro que comprometiera su vida, integridad o hasta su conducta, y de otro, que la menor si presentaba "*MONOPARESIA SECUNDARIO A LESION DEL PLEXO BRANQUIAL*", patología del miembro superior derecho que afectaba parcialmente su movilidad, junto con un "*ESTRABISMO CONCOMITANTE CONVERGENTE*" en sus ojos; lesiones que siempre se relacionaron clínicamente como secundarias al maltrato infantil que sufría la menor, y las que en todo caso, no fueron óbice para mantenerla hospitalizada ya que podían ser tratadas por consulta externa a través de los servicios de Terapia Física y Oftalmología.

De ahí que pueda colegirse, que los hechos que llevaron al fatal desenlace, sin lugar a dudas, fueron provocados y se causaron mientras la menor se encontraba bajo la custodia y el cuidado del ICBF a través de la madre sustituta Juliana Pérez Ortiz, pues la salud de la menor empezó a deteriorarse luego de que el día 10 de enero de 2013, la referida cuidadora llevara a la niña a una visita programada con su progenitora en sede del Centro Zonal de Engativá del ICBF, según las instrucciones que, en ese sentido, le había realizado la psicóloga de esa entidad; visita que estaría bajo la vigilancia de dicha profesional de la salud; empero que según el relato que realizó la referida madre sustituta en declaración que rindió ante la Fiscalía General de la Nación por los hechos que rodearon el deceso de la menor -aportado a las presentes actuaciones-, cuando la madre de la niña arribó a dicho encuentro, alzó a la menor y la llevó para **otra oficina** mientras la madre sustituta y la psicóloga tan sólo alcanzaban a escuchar, además, los llantos de la menor que se prolongaron durante toda la visita.

Así mismo, quedó demostrado que en dicho encuentro, le fue suministrado un exceso de comida a la niña por parte de la madre, hecho que denota, no sólo un descuido y desatención de la entidad demandada en la supervisión estricta de la visita de la menor con la madre, con el fin de evitar que ésta última continuara ejerciendo actos que finalmente atentaban en contra de la integridad de la menor, como en efecto

aconteció; sino también, un suceso brusco e imprudente por parte de la progenitora, quien al parecer no tuvo medida en el suministro de los alimentos que le brindó a su mejor hija el día de la visita, olvidando que la menor venía con bajo peso y talla para la edad, lo que conllevaba a que su estómago y apetito debían estar reducidos, y además porque la niña se encontraba aun en recuperación por las lesiones físicas que ella misma le había propinado días atrás.

Dicha descompensación de la salud de la menor no se hubiera producido, muy probablemente, si se hubiera dado cumplimiento estricto a los deberes de vigilancia y cuidado rigurosos a que estaba obligada la entidad demandada en el encuentro de la menor con su madre en la referida sede administrativa. Ello, teniendo en cuenta que, dada la gravedad del malestar estomacal y descuido de la menor durante dicha visita, la niña ese mismo día inició con deterioro de su salud, ya que durante ese mismo día y el siguiente, inició con múltiples episodios de vómito que dieron lugar a que, durante el primero de ellos, la infante golpeará su cabeza contra un mueble de la casa de la madre sustituta, luego de que vomitara de forma inesperada momentos después de que arribara a dicha residencia. Dichos eventos deterioraron tanto la salud de la menor que le causaron la muerte el día 11 de enero de 2013, pues según indicó, el Instituto de Medicina Legal en el Informe de Necropsia respectivo, el deceso se habría producido como consecuencia de un *"hematoma subdural y hemorragias subaracnoideas debido a traumatismo craneoencefálico contundente"*, y *"Síndrome de niño sacudido"* dentro del contexto de maltrato infantil; lesiones que, dados los antecedentes de agravio que venía sufriendo la menor, fueron determinantes y contundentes en la gravedad de las lesiones que le produjeron su deceso.

Así pues, la entidad demandada tenía el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produjera la afectación a la vida e integridad de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, teniendo en cuenta que las pruebas demuestran que la niña se estaba recuperando satisfactoriamente y con excelentes resultados, de las múltiples lesiones que le habría prodigado su propia madre, hasta antes del referido encuentro, según lo advirtió también la madre sustituta en declaración que rindió ante la Fiscalía General de la Nación.

Por ello, es claro que el ente demandado incurrió en una falla del servicio que le es atribuible, además por la posición de garante que poseía sobre la infante, pues con su actuar omisivo y descuidado en favor de la integridad de la menor puesta bajo su cuidado y protección, durante la visita con la madre, se abstuvo de ejercer una rigurosa vigilancia e inspección de lo que acontecía en el citado encuentro, pues sabido era que la infante venía siendo víctima de maltrato por parte de su progenitora y, que precisamente por esa misma causa, debía propender por ejercer vigilancia y ofrecer un ambiente seguro e idóneo para la menor durante la visita con su progenitora, con el fin de proteger la vida, la salud y la integridad de María José Ortiz. Por ello, es claro que esa serie de eventos desafortunados alteraron y agravaron las condiciones de salud de la menor, al punto de producirse su deceso, sin que, dicho sea de paso, la menor dada su corta edad – 2 años y dos meses- haya podido autodeterminarse y/o protegerse.

Bajo el panorama aquí esbozado, deberán desestimarse las excepciones de *Falta de legitimación en la causa, ineptitud sustantiva de la demanda y por ende fallo inhibitorio, inexistencia de nexo causal entre el daño y la entidad a quien se le imputa responsabilidad y culpa de la víctima*; propuestas por la parte pasiva. En ese orden de ideas, deberá declararse la responsabilidad patrimonial del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, por el deceso de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, acaecido el 11 de enero de 2013.

La indemnización cuyo pago se le impondrá a la entidad demandada, se cuantificará de acuerdo a lo demostrado en el proceso, y a los lineamientos jurisprudenciales fijados sobre la materia, como sigue:

d) Cuantificación de los perjuicios

-. Perjuicios morales

Por la muerte de la menor María José Ortiz concurrieron al proceso, la señora KAREN YISETH ORTÍZ, quien acude como madre de la fallecida; la señora BLANCA ORTÍZ RODRÍGUEZ como abuela materna; y la señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ junto con la menor LAURA ISABEL FORERO HERRERA, en calidad de tía y prima de la víctima, respectivamente.

En este punto debe señalarse, y para el Despacho no puede pasar desapercibida la actitud indolente, imprudente y negligente –por decir lo menos–, asumida por la madre de la menor fallecida, la señora KAREN YISETH ORTÍZ, respecto de su propia hija MARÍA JOSÉ ORTÍZ, pues tal y como ha quedado ampliamente probado en el proceso, aquella fue la causante de que la menor tuviera que ser hospitalizada, desde el 22 de diciembre de 2012 hasta el 4 de enero de 2013, como consecuencia de las múltiples lesiones físicas y maltrato infantil que le prodigaba y, por si fuera poco, la que generó el inicio del malestar estomacal de su hija tras ofrecerle un suministro excesivo de comida durante la visita de la menor, en las instalaciones del ICBF, el día 10 de enero de 2013.

Tales hechos quedaron fehacientemente evidenciados dentro del presente asunto, y sumado a ello, debe tenerse en cuenta lo declarado por la señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ, hermana de la madre de la menor fallecida, dentro de la denuncia penal que interpuso en contra de la señora KAREN YISETH ORTÍZ, por el delito de violencia intrafamiliar de la que estaba siendo víctima la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ (fs. 24 a 29 del c2). En dichas actuaciones, la denunciante indicó sobre el maltrato de la menor fallecida, lo siguiente:

"QUE EL 22 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2102 (sic) A ESO DE LAS 10:00 DE LA TARDE (sic) CUANDO RECIBÍ UNA LLAMADA DE MI MAMA BLANCA ELSA ORTÍZ RODRÍGUEZ DONDE ME DICE QUE MI HERMANA KAREN LISSET ORTÍZ ERA MALA MAMA Y YO LE MARQUE DE INMEDIATO A MI HERMANA A VER QUE HABIA PASADO Y PREGUNTE POR LA NIÑA, OSEA POR MI SOBRINA MARIA JOSE ORTÍZ QUE COMO ESTABA QUE IBA A HACER PARA NAVIDAD Y MI HERMANA DIJO QUE NADA Y ME CONTO QUE LE HABIA PEGADO A LA NIÑA QUE PORQUE SE HACIA POPO Y CHICHI, ENTONCES YO LE PREGUNTE QUE CON QUE LE HABIA PEGADO Y DONDE Y ELLA ME CONTESTO QUE CON UNA CHANCLA Y QUE HABIA SIDO EN LA COLA, QUE ESO HABIA SIDO EL DIA 18 DE DICIEMBRE UN MARTES, PERO QUE LA NIÑA ESTABA NORMAL Y QUE COMÍA Y ME COLGÓ ENTONCES YO ME PREOCUPE (...) VOLVÍ Y LA LLAME Y LE PREGUNTE QUE ME DIJERA A VERDAD DE LO QUE HABIA PASADO Y ENTONCES ELLA ME COMENTO QUE LE DABA MIEDO QUE SE LA QUITARAN Y YO LE DIJE QUE YO LA AYUDABA PERO QUE ME COMENTARA LA VERDAD QUE SE CALMARA Y ELLA ME COMENTO QUE LA NIÑA YA NO LE CAMINABA Y QUE PARECIA QUE NO VEIA YA QUE SE TROPEZABA CADA MOMENTO, ENTONCES YO LE PEDI LA DIRECCIÓN DE LA CASA Y NO QUISO DARMELA QUE MAS TARDE ME LLAMABA Y ME COLGÓ Y LE CONTINUÉ MARCANDO PERO NO ME CONTESTABA Y LE MANDABA MENSAJES PARA QUE ME CONTESTARA DÁNDOLE APOYO PARA PODER VER A LA NIÑA Y YO NO SABIA QUE HACER YA QUE MI MAMA ESTABA MUY PREOCUPADA POR QUE ES UNA NIÑA Y NOSOTROS LA QUEREMOS MUCHO, Y LE CONTINUÉ LLAMANDO HASTA QUE COMO A LAS 05:00 DE LA TARDE ME CONTESTO Y YO LE DIJE QUE PRIMERO ESTABA LA SALUD DE LA CHIQUIS Y QUE NOSOTROS LE CONTRATAMOS DOCTORES PARA QUE FUERAN HASTA LA CASA DE ELLA A VER QUE LE HABIA PASADO A LA NIÑA Y LA CONVENCÍ (...) MI HERMANA CAREN (sic) LLEGO CON LA NIÑA A LA CITA SOBRE LAS 06:30 PM, Y YO LAS SALUDE Y LA CHIQUIS Y CUANDO A FUI A DEJAR EN EL PISO Y LA NIÑA SE DESGONZO ENTONCES (...) LLEGAMOS A LA CLÍNICA (...) YO LE MARQUE A MI MAMA Y ELLA DIJO QUE SE VENIA DE INMEDIATO PARA BOGOTÁ YA QUE MI MAMA VIVE EN GUADUAS, Y YO ENTRE A LA CLINICA Y MI HERMANA NO HACIA SINO LLORAR YA QUE MI PRIMA DIJO QUE LA NIÑA QUEDABA HOSPITALIZADA Y LOS MEDICOS DIJERON QUE LA NIÑA QUEDABA HOSPITALIZADA Y QUE TOCABA REALIZARLE VARIOS EXÁMENES Y MI HERMANA CAREN ME DIJO QUE ME ODIABA POR YO HABER HECHO ESO Y YO LE CONTESTE QUE PRIMERO ESTABA LA VIDA DE LA VIDA (Sic) Y YO LE CONTESTE QUE SI ELLA NO FUERA DESMADRADA QUE ERA UNA NIÑA QUE PORQUE LE PEGABA A LA NIÑA Y HAY (Sic) ESTUVIMOS HASTA LA MADRUGADA Y MI MAMA LLEGO Y DESDE ESE DIA ELLA ASTADO (Sic) PENDIENTE DIA Y NOCHE PASO 24 Y 31 DE DICIEMBRE CON LA NIÑA EN EL HOSPITAL(...)" (fs. 24 a 29 c2).

De dicha declaración y denuncia, además de los medios probatorios arrimados al proceso, puede colegirse sin mayor asomo de duda que la madre de María José Ortiz, no sólo se negaba a dejar ver a la menor por parte la tía y abuela maternas, sino también, que era consciente del deterioro físico que estaba presentando la menor pues había dejado de caminar y parecía que no veía bien, producto del maltrato físico que le impartió porque la menor no avisaba cuando hacía sus necesidades fisiológicas; hechos de denotan que **la progenitora, señora KAREN YISETH ORTÍZ**, no proveía los cuidados equilibrados y moderados de amor, sustento y corrección que le correspondía para con su menor hija, tendientes a mantener el bienestar, salud y recuperación de aquella, lo cual lleva al Despacho a concluir acerca del estado de maltrato que padecía la niña María José Ortiz por parte de la madre y, por ende, tal circunstancia **impide reconocer indemnización alguna en su favor**, pues resulta contradictorio que la aludida actora cuando pudo cuidar en debida forma a su hija no lo hizo, y ahora pretenda obtener un beneficio económico a causa del padecimiento de aquella.

De otro lado, como se anotó, por el deceso de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, acude también la abuela materna, señora BLANCA ORTÍZ RODRÍGUEZ, respecto de quien se encuentra acreditado el parentesco con el registro civil de la madre de la menor fallecida, señora KAREN YISETH ORTÍZ visible a folio 85 del cuaderno principal.

Igualmente, se allegó el registro civil de la señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ (fl. 87 c1), así como el de la menor LAURA ISABEL FORERO HERRERA (fl. 88 c1), respecto de quienes se encuentra acreditado el parentesco de tía y prima de la víctima.

Según jurisprudencia del Consejo de Estado, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión, y ello es imputable al Estado, se desencadena, a cargo de éste, la indemnización de perjuicios morales, de tal manera que las personas que se sientan perjudicadas por dicha situación y hagan parte del grupo familiar más cercano pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios acreditando el parentesco con la víctima directa del daño, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio moral sufrido, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que el daño padecido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, siempre que no existan pruebas que indiquen o demuestren lo contrario.

Ahora, en lo que concierne a la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, en caso de muerte, la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, estableció cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas, así:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

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

Ahora, como se demostró el parentesco de la señora **BLANCA ORTÍZ RODRÍGUEZ** como abuela de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, corresponde reconocer a su favor, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente en pesos de **cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes** a la fecha de esta sentencia.

Respecto de la señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ, como tía de la víctima, se demostró en el proceso, que la demandante siempre estuvo al pendiente del estado y bienestar de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ, mientras ésta vivía con la progenitora y fue, además, quien la llevó al centro asistencial por primera vez cuando evidenció el mal estado de salud en que se encontraba, aun en contra de la voluntad de la señora Karen Yiseth Ortíz, madre de la menor.

Adicionalmente, fue quien dio inicio a un proceso penal por el delito de maltrato infantil de la menor fallecida, en contra de la señora KAREN YISETH ORTÍZ; Así se desprende de la declaración y denuncia que elevó ante la Fiscalía General de la Nación (fs. 24 a 29 c2). Por lo anterior, es claro que la aludida demandante, sufrió congoja por el deceso de su sobrina, ya que mantenía una cercana relación de afecto con la menor.

Por ello, teniendo en cuenta que la **señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ**, se encuentra en el nivel 3 de consanguinidad respecto de la menor fallecida, y habiéndose acreditado la relación afectiva, se deberían reconocer por concepto de

perjuicios morales, **treinta y cinco (35) salarios mínimos mensuales legales vigentes** a la fecha de esta sentencia.

Ahora, respecto de la menor **LAURA ISABEL FORERO HERRERA**, prima de la víctima, como quiera que se encuentra en el nivel 4 de consanguinidad con la menor fallecida, y que para que proceda reconocimiento alguno a su favor por concepto de daño moral, se requiere la prueba de la relación afectiva entre ésta y la menor María José Ortiz, la cual no fue acreditada en el proceso, **habrá de negarse el reconocimiento de este perjuicio a su favor.**

e) Del llamamiento en garantía formulado en contra de la madre sustituta, señora JULIANA PÉREZ FARIAS

La parte demandada solicitó llamar en garantía a la señora Juliana Pérez Farias, en su calidad de madre sustituta de la menor fallecida, al señalar que ella *"tenía el deber de protección especial, de acuerdo con el Artículo 44 y numeral 2 del Artículo 95 de la Carta Política de 1991, devenido del principio de **solidaridad**, el cual es aplicable a quienes están obligadas a brindar atención y protección a los menores que estén bajo su cuidado, derecho que se materializa en que presuntamente la señora JULIANA PÉREZ FARIAS, no le prodigó a la menor la atención y los cuidados que requería para que se restableciera su salud."*. (Resaltado en texto original).

El llamamiento en garantía es una de las formas de intervención de terceros en el proceso, entendiendo como tales aquellos sujetos ajenos a la relación procesal que integran demandante y demandado. Su finalidad es brindar la posibilidad de que otra persona, distinta a la parte que ejerce el llamado, asuma la eventual condena dentro del proceso; en este sentido, permite incluir, dentro de la relación "demandante – demandado", a una tercera persona que asuma las posibles consecuencias adversas a sus intereses.

Respecto de esta figura jurídica, el artículo 225 del C.P.A.C.A. prevé que el llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001, compendio normativo este último, según el cual en su artículo 19, señala que se puede solicitar el llamamiento *"del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario."*, lo que quiere decir que el llamado en garantía se trata de un servidor, ex agente del Estado o particular investido con funciones públicas.

Así, para que pueda predicarse el derecho legal de la administración para exigir la reparación de perjuicios por parte del llamado en garantía, debe aparecer acreditado (i) que la condena judicial estuvo determinada por la conducta del agente estatal y (ii) que ésta pueda calificarse como dolosa o gravemente culposa, de donde se colige la aplicación de un régimen subjetivo de responsabilidad que impone la calificación de la conducta del agente y su relación causal con la condena.

Los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, define la culpa grave y el dolo en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 5º. *Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial."*

"ARTÍCULO 6º. *Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002**"*

El Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sobre las presunciones de dolo y culpa grave ha interpretado:

"Dado que el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si la conducta del señor Rodrigo Suárez Giraldo puede presumirse como gravemente culposa, se considera pertinente realizar unas consideraciones generales acerca de las presunciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001.

Esta Subsección, mediante sentencia del 6 de julio de 2017²⁴, precisó que las presunciones de dolo y culpa grave contempladas en los artículos 5 y 6 de la referida normativa son legales -que admiten prueba en contrario-, con lo cual se garantiza el ejercicio del derecho de defensa, pues, de haber sido calificadas como presunciones de derecho, al demandado se le habría quitado la posibilidad de demostrar que la conducta cuestionada no ocurrió a título de culpa grave o de dolo.

En ese sentido, como las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001 son legales, el agente estatal contra el que se busque repetir siempre podrá presentar prueba en contrario que lo libere de la responsabilidad patrimonial.

En línea con lo anterior, se ha indicado que la parte que busca la declaratoria de responsabilidad patrimonial del demandado en repetición o en el llamamiento en garantía con fines de repetición debe aportar las pruebas que demuestren el hecho que sirve de sustento a la presunción que se pretende hacer operar frente al demandado²⁵.

Así también lo dejó claro la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 la Ley 678 de 2001²⁶, pues indicó que, para hacer efectivo el precepto del artículo 90 de la Constitución Política, con el fin de proteger la moralidad y el patrimonio público, se buscó relevar al Estado de la carga de la prueba cuando ejercía la acción de repetición y alegaba en su favor una presunción de dolo y/o culpa grave, sin perjuicio de que la parte demandada pudiera desvirtuarla mediante prueba en contrario, dado que aquella no constituye un juicio anticipado que desconozca la presunción de inocencia."⁹(subraya el Despacho).

Con todo, el análisis del juez administrativo no se detiene en la subsunción estricta de la conducta en la precitada norma, sino que debe atender a las particularidades subjetivas de cada caso.

En el asunto bajo estudio se probó que la señora Juliana Pérez Farias, fue autorizada para desempeñarse como madre sustituta perteneciente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, tal como consta en el Acta de Constitución para Hogar Sustituto que fue allegada al proceso (fl. 162 c1), evidencia de que la aludida madre sustituta fungió como agente estatal indirecta, como quiera que si bien carecía de vínculo laboral con el ICBF, sí prestaba a su nombre una función pública a favor de la niñez y desarrollaba los objetivos que por ley se le han asignado a dicho ente. Tampoco hay duda de su participación en

⁹ Consejo de Estado, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico, providencia del 5 de marzo de 2021 (expediente 49027).

los hechos que dieron origen al proceso, como quiera que está probado que poseía la tenencia y cuidado temporal de la menor María José Ortiz, desde el 4 de enero de 2013, hasta el día 11 de enero de la misma anualidad 2013, día en que falleció la menor.

Las pruebas allegadas al expediente no permiten concluir que la madre sustituta Juliana Pérez Farias, actuó con la intención de causar daño a la infante, situación que descarta la posibilidad de imputarle responsabilidad con fundamento en una conducta dolosa.

Ahora, para que se configure la causal de culpa grave establecida en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001 **se debe demostrar**, además de una violación manifiesta de la ley o una omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, **la inexcusabilidad de la conducta** del servidor público o particular que cumple funciones públicas, es decir, **se requiere acreditar que el actuar del agente fue manifiesto e inexcusable**¹⁰.

En el asunto bajo estudio se tiene que la señora sustituta Juliana Pérez Farias, durante el período de tiempo que tuvo a cargo el cuidado y protección de la menor María José Ortiz, se comportó de forma adecuada respecto de la atención que debía prodigarle a la niña, y cumplió con las obligaciones que le fueron descritas en el Acta de Colocación Familiar suscrita con el ICBF, el día 4 de enero de 2013 (fs. 227 c1).

En efecto, en el expediente está demostrado que el comportamiento de la madre sustituta fue idóneo durante el tiempo que la niña estuvo a su cargo, y que la salud de la menor se mantuvo estable y sin novedades hasta el día 10 de enero de 2013, cuando la madre sustituta tuvo que acudir con la menor a una citación que realizó la Psicóloga del Centro Zonal del Engativá perteneciente al ICBF, para llevarse a cabo allí una visita entre la infante y su progenitora.

Del mismo modo, quedó probado que ese mismo día -10 de enero de 2013- María José Ortiz, luego de la vista con su madre y cuando ya se encontraba en el hogar sustituto, de manera repentina, presentó vómito abundante producto de los alimentos que en exceso le había suministrado su progenitora en la referida visita, evento que generó que la niña se fuera hacia adelante propinándose un golpe leve en la cabeza con un mueble; hecho que fue informado por la madre sustituta a la psicóloga encargada del caso, quien le sugirió llevarla a urgencias si continuaba presentando dichos episodios, pero que con los cuidados que la madre sustituta le brindó a la menor logró mitigar los síntomas que presentaba, lo que conllevó a que la infante pasara bien la noche y al otro día se levantara normal.

¹⁰ Consejo de Estado, M.P. Martha Nubia Velásquez Rico, providencia del 5 de marzo de 2021 (expediente 49027). Ver también, entre otros: sentencia del 24 de septiembre de 2020, exp. 60724. C.P. María Adriana Marín.

Se demostró en el plenario igualmente, que al día siguiente, esto es, el 11 de enero de 2013, teniendo en cuenta que la citada menor presentó nuevamente múltiples episodios de vómito y rigidez generalizada del cuerpo, fue llevada de forma inmediata por la madre sustituta al servicio de urgencias de una institución de salud para ser atendida, en donde, luego de ser examinada y valorada por el personal médico, le dieron salida tras evidenciar, que los síntomas estomacales causados por el exceso de comida, podían manejarse en casa y que el trauma en la cabeza había sido leve, sin fracturas y la menor no presentaba déficit neurológico.

Así mismo, quedó acreditado que ese mismo día en horas de la noche, el estado de salud de la menor se deterioró notoriamente, ya que presentó rigidez generalizada del cuerpo y desvanecimiento, al punto que la madre sustituta tuvo que pedir ágilmente auxilio a unos vecinos para que le ayudaran a llevar a la menor a un centro hospitalario -toda vez que tenía otros niños a su cargo-, traslado que se realizó de forma rápida por parte de una vecina que era auxiliar de enfermería, quien durante el trayecto le realizó masajes de reanimación sin obtener respuesta, y que al llegar al centro asistencial la menor ya no presentaba signos vitales.

Así pues, para el Despacho del material probatorio aportado, no es posible establecer que la señora Juliana Pérez Farias, en su calidad de madre sustituta de la menor fallecida, hubiere desplegado una conducta dolosa o gravemente culposa por algún descuido que hubiera sido determinante en la comisión del daño acaecido, presunciones que no fueron acreditadas en el plenario por la entidad demandada, ya que solamente se limitó a señalar que la madre sustituta tenía el deber de *"protección especial (...) devenido del principio de solidaridad"* y que la aludida cuidadora no le había prodigado los cuidados que requería la menor para el restablecimiento de su salud; señalamientos que, en todo caso, se alejan en señalar y probar cual fue el error manifiesto e inexcusable que en el cuidado de la menor la entidad demandada evidenció de parte de la referida madre sustituta y que conllevó, finalmente, al acaecimiento del fatal desenlace.

Por el contrario, lo que quedó acreditado en el plenario es que la madre sustituta obró adecuada y prontamente frente a los lamentables episodios de salud que presentó la menor los días 10 y 11 de enero de 2013, tras haber recibido un exceso de alimentos por parte de la progenitora. Del mismo modo, que la estabilidad del estado de salud de María José Ortiz durante el tiempo en que estuvo en el hogar sustituto y hasta el día 10 de enero de 2013, había sido estable y dentro de los límites normales.

Por consiguiente, toda vez que las motivaciones y los medios probatorios presentados en el sub lite, por parte de la entidad demandada ICBF para llamar en garantía a la señora Juliana Pérez Farias, en su calidad de madre sustituta de

la menor fallecida, resultan insuficientes para demostrar irregularidad alguna en la conducta desplegada durante el tiempo que cuidó de la menor María José Ortiz, no está llamado a prosperar el llamamiento en garantía formulado por la parte pasiva.

III. CONCLUSIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el problema jurídico planteado en el sub judice ha de resolverse en el sentido de que **el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR está llamado a responder patrimonialmente por el deceso de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ**, por cuanto se demostró que el hecho que provocó tal menoscabo, tuvo lugar cuando la víctima se hallaba bajo la guarda de una madre sustituta dependiente de dicha entidad, sin que se hubiesen adoptado todas las medidas de seguridad y cuidado a la cual estaba obligado el referido estamento, en razón a su posición de garante respecto de la menor.

IV COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Sobre la condena en costas la Ley 1437 de 2011 en su artículo 188, consagró una obligación a cargo del Juez de resolver sobre este particular en la sentencia, la norma antes citada impone al Juez que disponga sobre la condena en costas, no obstante, para determinar en concreto la procedencia de dicha condena, se deben acatar las reglas especiales que se extraen del artículo 365 del CGP, norma en que consagra en su numeral 8, que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Se hace frente a lo anterior imperativo concluir que sólo procede la condena en costas cuando, del contenido del expediente se evidencie la causación efectiva de gastos erogaciones para el trámite del proceso, lo que no se ha evidenciado en la presente actuación, dado que el único gasto en que se ha incurrido es en la cancelación de los gastos ordinarios del proceso, carga que corresponde únicamente a la parte actora. Conforme a lo anterior el Despacho se abstendrá de condenar en costas.

Por todo lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y CUATRO 64 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las excepciones de *"Falta de legitimación en la causa", "ineptitud sustantiva de la demanda y por ende fallo inhibitorio", "inexistencia de nexo causal entre el daño y la entidad a quien se le imputa responsabilidad" y "culpa de la víctima"*; propuestas por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Ello por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la responsabilidad administrativa y patrimonial del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, por el deceso de la menor MARÍA JOSÉ ORTÍZ. Lo anterior, por las razones expuestas en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF a pagar a los demandantes, por concepto de **perjuicios morales**, las siguientes cantidades de dinero:

- A favor de la señora BLANCA ORTÍZ RODRÍGUEZ, como abuela de la víctima, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES, vigentes a la fecha del presente fallo.

- A favor de la señora CATHALINA HERRERA ORTÍZ, como tía de la víctima, la suma de TREINTA Y CINCO (35) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES vigentes a la fecha del presente fallo.

CUARTO: DECLARAR que la Llamada en Garantía, señora JULIANA PÉREZ FARIAS, no está llamada a responder por la condena impuesta en la presente providencia, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

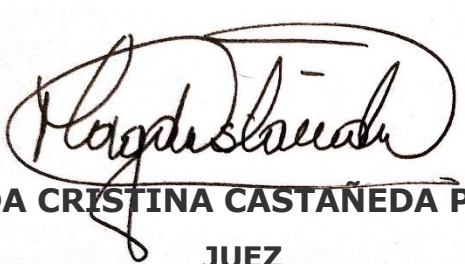
SEXTO: No habrá lugar a imponer condena en costas, por las razones señaladas en la presente providencia.

SÉPTIMO: La presente sentencia se notifica de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del CPACA.

OCTAVO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOVENO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos procesales a favor de la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Magda Cristina Castañeda Parra', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

MAGDA CRISTINA CASTAÑEDA PARRA

JUEZ