

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ERROR JURISDICCIONAL / PROCESO VERBAL DE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE MENOR DE EDAD – Sentencia que otorga custodia a madre y autoriza salida del país de niña / DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS / DERECHO A LA FAMILIA – Vulneración / ROMPIMIENTO DE LA UNIDAD FAMILIAR – Daño antijurídico / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL – Configurada

La sentencia objeto de cuestionamiento fundamentó su decisión en el hecho de que el señor Ospina Gómez ejercía una influencia negativa en sus hijos en relación con la imagen de su madre y decidió quitarle la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez, porque aquella aún no se encontraba totalmente contaminada por ese influjo, empero, tal como lo consideró la Corte Suprema de Justicia, existían otros mecanismos para evitar tal injerencia del padre respecto de la madre, pero no “la abrupta decisión de separarla de su núcleo familiar”, el cual se encontraba debidamente conformado por su padre y sus dos hermanos y en el que gozaba de las condiciones físicas, morales y económicas idóneas para su formación integral, sin que en el fallo objeto de análisis hubieran consultado, además, las circunstancias de adaptabilidad a las que debía enfrentarse en el hogar conformado por su madre y su compañero permanente en los Estados Unidos (...) Ciertamente, los demandantes sufrieron la vulneración del derecho a no ser separados de su familia y a no sufrir injerencias ilícitas y arbitrarias en su vida familiar, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, todo ello como consecuencia del error judicial en el que, como advirtiera la H. Corte Suprema de Justicia, incurrió el juzgado de familia, al que se ha hecho referencia, razones que llevan a esta Sala a considerar que el daño reclamado en el libelo demandatorio debe ser reparado por la Nación-Rama Judicial, puesto que se encuentra debidamente acreditado que el mismo tuvo su origen en la decisión judicial cuestionada, la cual fue revocada por el juez de tutela. Por todo lo anterior, a juicio de esta Sala, el daño antijurídico alegado y plenamente acreditado en el expediente, le es imputable a la accionada, en atención a que la decisión proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia vulneró los derechos fundamentales de los demandantes a la unidad familiar y a tener una familia y no ser separados de ella, motivo por el cual se confirmará en ese punto la sentencia apelada, en cuanto declaró la responsabilidad administrativa de la Nación – Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-.

DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO MORAL A MENOR DE EDAD / ROMPIMIENTO DE UNIDAD FAMILIAR – Consecuencias

No puede afirmarse que los niños, por razón a su minoría de edad, no experimenten aflicción, angustia o dolor. El daño moral no está relacionado con los menores o mayores niveles de conciencia o de conocimiento racional de una situación. Por el contrario, son, precisamente, los menores los que en un núcleo familiar, con mayor intensidad padecen o se benefician moralmente de las condiciones de su entorno; los infantes perciben con mayor agudeza y padecen aun inconscientemente los rigores de las calamidades familiares, como sucede cuando aquéllos pierden la oportunidad de gozar de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por sus progenitores, sus hermanos y demás parientes (...) En efecto, la psiquiatría ha estudiado los efectos de la pérdida de los familiares allegados en los niños, comprendiendo dentro de esta acepción desde los recién nacidos hasta los adolescentes, es decir a quienes en el Código Civil se denomina como infantes, impúberes y adultos (art. 34) y ha llegado a la conclusión de que a todos ellos los afecta y que, en los infantes y en los impúberes, por tener menos mecanismos defensivos, tales efectos (tristeza, sensación de desamparo,

inquietud y hasta melancolía) son mayores y pueden conducir más tarde a específicos estados depresivos que puedan llegar a requerir tratamiento especializado.

ERROR JUDICIAL – Presupuestos

El error jurisdiccional fue definido en el artículo 66 de la misma normativa como “aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”. Al declarar la exequibilidad de este artículo, la Corte Constitucional precisó que: (i) dicho error se materializa únicamente a través de una providencia judicial; (ii) debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como una “vía de hecho”, y (iii) no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la Rama Judicial, porque ello comprometería en forma grave la seguridad jurídica. En tal sentido condicionó la decisión de exequibilidad de la norma, concepto del cual se ha pronunciado en varias oportunidades la Sala. El error del juez radica en la valoración abiertamente equivocada de los medios probatorios que obraban en el proceso o la inobservancia de un elemento normativo decisivo e incidente en el proceso, lo cual conlleva a la incorrecta aplicación de la disposición jurídica al caso de su conocimiento y, por tanto, a proferir en aquella una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico.

ESPECIAL PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES / DERECHO A LA FAMILIA – Alcance / UNIDAD FAMILIAR

[L]os menores de edad son sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 44 de la Constitución Política y en esa medida, resulta imperativo para las autoridades del Estado proteger sus derechos fundamentales y garantizar su desarrollo armónico e integral. Aunado a lo anterior, la misma norma constitucional reconoce como un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes tener una familia y no ser separado de ella, lo cual está encaminado a mantener el contacto directo o la cercanía física permanente de estos con su familia. El constituyente reconoce así que la unidad familiar representa una garantía para el desarrollo integral de la infancia pues, en esa etapa, los niños y niñas necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, y en especial de sus padres, para evitar trastornos o afectaciones a su desarrollo personal. Por otra parte, se resalta que el artículo 42 Constitucional consagra una serie de prerrogativas o derechos en favor del grupo familiar y de la unión familiar que otorgan un plus de protección a la familia como núcleo esencial o institución básica de la sociedad, y por esa vía la convierte en sujeto colectivo titular de derechos fundamentales, dado que puede exigirle a otro (particular o Estado) que se comporte a su favor. La unión familiar constituye un pilar fundamental del núcleo esencial del derecho a la familia.

PERJUICIOS MORALES – Tasación / DAÑO MORAL POR RUPTURA DE UNIDAD FAMILIAR

[L]a ruptura del núcleo familiar, produjo ciertamente –como plantea la demanda– un padecimiento moral a los demandantes. En efecto, -reitera la Sala-, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia y otras afectaciones, cuando uno de los seres queridos es separado de su seno familiar, más aun teniendo en cuenta que tal ruptura no resulta ser de carácter transitorio, pues no se trata de una orden provisional o supeditada al cumplimiento de un período de tiempo establecido y, por el

contrario, como lo puso de manifiesto la prueba testimonial, la menor ha permanecido en ese país, sin que hubiere retornado a su seno familiar conformado por su padre y sus hermanos. Precisado lo anterior y teniendo en cuenta que la prueba testimonial es clara en demostrar la afectación moral sufrida por los demandantes, se impone incrementar el monto reconocido por concepto de indemnización de perjuicios morales a la suma de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes para el señor Julián Ospina Gómez y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demás demandantes, Alejandra Ospina Rodríguez y Gabriel Ospina Rodríguez. El monto antes reconocido obedece que si bien no se trata de un daño irreversible como la muerte, a juicio de la Sala si se trata de un perjuicio de gran magnitud que puede asimilarse a este evento, en consideración a que no se tiene certeza de cuándo volverá a reunirse este grupo familiar que se encontraba debidamente constituido.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS INMATERIALES / AFECTACIÓN A BIENES O DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS / DERECHO A LA FAMILIA – Vulneración / MEDIDA PECUNIARIA DE REPARACIÓN

La prueba testimonial rendida en el proceso da cuenta de la vulneración de derechos constitucional y convencionalmente protegidos de los demandantes Julián Ospina Gómez, Alejandra Ospina Rodríguez y Gabriel Ospina Rodríguez, a hacer parte de una familia, ya que uno de sus miembros fue extraído de tal núcleo de manera injusta (...) Con fundamento en lo anterior, se tiene establecido que tal hecho irregular de la administración de justicia les produjo a los demandantes la vulneración del derecho a tener una familia y a no sufrir injerencias ilícitas y arbitrarias en su vida familiar, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, la Sala considera que imponer una medida no pecuniaria a favor de los demandantes no cumple con el objetivo de restablecimiento pleno de sus derechos, como hubiera sido por ejemplo ordenar a cargo de la entidad demandada un tratamiento psicológico para que los demandantes hubieran podido afrontar tal situación dolorosa, toda vez que la violación de los mismos se dio hace mucho tiempo en consideración a la fecha en la que se profiere la presente sentencia, por tanto, la única medida que contribuye a la realización efectiva de la igualdad sustancial y que, de cierto modo, puede resarcir el daño a ellos ocasionados en esa etapa de su vida, es un reconocimiento monetario. Por consiguiente, la Sala modificará en este punto la sentencia de primera instancia y reconocerá lo equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los demandantes Julián Ospina Gómez, Alejandra Ospina Rodríguez y Gabriel Ospina Rodríguez, en consideración a que resulta razonable entender que la ruptura de la unidad familiar puede transgredir los derechos constitucional y convencionalmente protegidos al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia y a la integridad física y psicológica de los menores y su padre, a quien se le privó de sus derechos a tener una comunicación y un contacto directo y permanente con su hija, a lo que debe agregarse que en el presente asunto se trata de la protección de los bienes ius fundamentales de los menores de edad que son sujeto de protección reforzada por parte del Estado.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 63001-23-31-000-2006-00101-01(41392)

Actor: JULIÁN OSPINA GÓMEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: ERROR JUDICIAL – providencia que concedió la custodia y cuidado personal de hija menor de edad a su madre y autorizó su salida del país, constituyó una vía de hecho en tanto la separó de manera injusta de su núcleo familiar, el cual estaba debidamente constituido por su padre y hermanos, quienes se desarrollaban, antes de ese suceso, en un ambiente idóneo tanto económica como afectivamente.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Se demanda la responsabilidad patrimonial de la Nación-Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura-, por los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia del error judicial en que habría incurrido el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, en la providencia del 4 de febrero de 2005, mediante la cual otorgó la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su madre y autorizó su salida del país; el 2 de mayo de 2005, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia concedió al señor Julián Ospina Gómez la tutela de los derechos al debido proceso y a la unidad familiar y dejó sin efectos la sentencia dictada por el juzgado de familia, por considerar que esta era constitutiva de una vía de hecho.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 1 de febrero de 2006 (fls. 1 a 17 c. 1), el señor Julián Ospina Gómez, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Alejandra, Gabriel e Isabela Ospina Rodríguez, por conducto de apoderado judicial (fl. 18 c. 1), interpusieron demanda en contra de la Nación-Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura-, para que mediante la acción de reparación directa, se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

1.- Que se declare a la NACIÓN COLOMBIANA–RAMA JUDICIAL– CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-, representada en el Departamento del Quindío por el Doctor PEDRO NEL JIMÉNEZ PALACINO, o por quien haga sus veces, administrativamente responsable del ERROR JURISDICCIONAL imputable al Juzgado Tercero de Familia de Armenia, Quindío, dentro del PROCESO VERBAL DE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL promovido por ÁNGELA MARÍA RODRÍGUEZ BECERRA en interés de los menores ALEJANDRA, GABRIEL e ISABELA OSPINA RODRÍGUEZ en contra de JULIÁN OSPINA GÓMEZ, que terminara con sentencia del 4 de febrero de 2005 del Juzgado Tercero de Familia de Armenia, Quindío, otorgando la custodia y cuidado personal de la menor ISABELA OSPINA RODRÍGUEZ en cabeza de su progenitora y autorizando la salida de la menor para los Estados Unidos de Norteamérica, lugar del domicilio de la señora ÁNGELA MARÍA RODRÍGUEZ BECERRA, la cual quedó sin efectos por decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela del día 2 de mayo de 2005, dentro del expediente 2005-00044.

2.- Que como consecuencia de la declaración anterior se hagan las siguientes condenas:

2.1. Que se condene al ente demandado a pagar a favor de los demandantes, una suma de dinero equivalente a las cantidades de salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria del fallo, como indemnización por los PERJUICIOS MORALES que están sufriendo en razón de los hechos narrados:

2.1.1. JULIÁN OSPINA GÓMEZ, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.1.2. ALEJANDRA OSPINA RODRÍGUEZ, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.1.3. GABRIEL OSPINA RODRÍGUEZ, cien (100) salarios mínimos

legales mensuales vigentes.

2.1.4. ISABELA OSPINA RODRÍGUEZ, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2. Que se condene al ente demandado a pagar a favor de los demandantes, una suma de dinero equivalente a las siguientes cantidades de salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria del fallo, como indemnización por los PERJUICIOS POR EL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (Alteración de las condiciones de existencia) que están sufriendo en razón de los hechos narrados:

2.2.1. JULIÁN OSPINA GÓMEZ, ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.2. ALEJANDRA OSPINA RODRÍGUEZ, ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.3. GABRIEL OSPINA RODRÍGUEZ, ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.4. ISABELA OSPINA RODRÍGUEZ, ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como fundamentos fácticos de la demanda se narraron los siguientes:

El 23 de febrero de 1991, los señores Julián Ospina Gómez y Ángela María Rodríguez Becerra contrajeron matrimonio civil, unión de la cual nacieron los menores Alejandra, Gabriel e Isabela Ospina Rodríguez.

El 31 de octubre de 2002, el Juzgado Primero de Familia de Armenia decretó el divorcio promovido de mutuo acuerdo por los señores Julián Ospina Gómez y Ángela María Rodríguez Becerra y decidió otorgarle a su padre la custodia y cuidado personal de sus hijos menores de edad.

La señora Ángela María Rodríguez Becerra promovió proceso verbal de custodia y cuidado personal en intereses de los menores Alejandra, Gabriel e Isabela Ospina Rodríguez, en contra del señor Ospina Gómez.

Mediante fallo de única instancia del 4 de febrero de 2005, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia revocó en forma parcial la parte resolutive del fallo que otorgó la custodia de los menores al señor Julián Ospina Gómez y, en su lugar, concedió la custodia de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su madre e igualmente autorizó su salida del país con destino a los Estados Unidos, lugar de residencia de la señora Ángela María Rodríguez Becerra.

El 14 de febrero de 2005, el señor Ospina Gómez interpuso una acción de tutela con el fin de que se revocara el fallo proferido por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia y se ampararan sus derechos a la igualdad de las partes ante la ley procesal, al debido proceso y a acceder a la administración de justicia, así como los derechos fundamentales de la menor Isabela Ospina Rodríguez a tener una familia y no ser separado de ella.

El 24 de febrero de 2005, la Sala Civil del Tribunal Superior de Armenia negó el amparo solicitado, dado que no se presentó un defecto sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental, toda vez que la sentencia se fundamentó en las normas constitucionales y legales atinentes al caso, así como en las pruebas oportunamente allegadas al proceso.

El actor impugnó la anterior decisión y el 2 de mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia concedió al señor Julián Ospina Gómez la tutela de los derechos al debido proceso y a la unidad familiar, dejó sin efectos la sentencia cuestionada en cuanto constituyó una vía de hecho, ordenó al Juzgado Tercero de Familia de Armenia que proferiera un nuevo fallo y dispuso que, en caso de que la sentencia contentiva del error se hubiera cumplido, debía retrotraerse la situación al estado anterior.

El 13 de mayo de 2005, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia acató la orden emitida en el fallo de tutela y dispuso otorgar la custodia y cuidado personal de sus hijos menores de edad a su padre, el señor Julián Ospina Gómez, así como la cancelación de la autorización de salida del país de la menor Isabela Ospina Rodríguez para los Estados Unidos.

Finalmente, se adujo en el libelo que la anterior providencia fue ineficaz, toda vez que la menor Isabela Ospina Rodríguez salió del país en compañía de su madre el 30 de abril de 2005, sin que pudiera lograrse el retorno a su núcleo familiar, hecho que ha generado innumerables perjuicios inmateriales a su padre y hermanos.

2.- El trámite en primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia del 17 de abril de 2006, que se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público (fl. 76 c. 1).

La Nación-Rama Judicial- contestó la demanda de manera extemporánea, según constancia secretarial del 28 de mayo de 2009 (fl. 154 c. 1).

El 22 de julio de 2009, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y mediante auto del 12 de diciembre de 2007, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 174 a 175 y 178 c. 1).

En sus alegatos, la parte actora reiteró los argumentos de la demanda e insistió en que resultaban suficientes las razones expuestas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de tutela para tener por demostrado que el Juzgado Tercero de Familia de Armenia incurrió en una vía de hecho, en tanto separó a la menor de manera injusta de su núcleo familiar, el cual estaba debidamente constituido por su padre y hermanos, quienes se desarrollaban, antes de ese suceso, en un ambiente idóneo tanto económica como afectivamente (fls. 184 a 187 c. 1).

En esta oportunidad, la Nación-Rama Judicial- manifestó que el hecho de que la Corte Suprema de Justicia hubiera revocado mediante sentencia de tutela la providencia del juzgado de familia no implicaba la configuración de una falla del servicio, dado que todos los jueces son independientes en sus decisiones, siempre y cuando estén debidamente motivadas y apoyadas en las normas constitucionales y legales aplicables al caso en estudio (fls. 179 a 183 c. 1).

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 25 de noviembre de 2010, el Tribunal Administrativo del Quindío concedió parcialmente las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia es del siguiente tenor:

PRIMERO: Declárese a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL administrativamente responsable de los daños causados a los demandantes como consecuencia del error jurisdiccional en que incurrió el Juzgado Tercero de Familia al proferir la sentencia de 4 de febrero de 2005, donde se concedió la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su señora madre, según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior se condena a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a pagar por concepto de perjuicios inmateriales, las sumas que a continuación se relacionan y a favor de las personas que se indican:

Perjudicado	Por concepto de perjuicio moral	Por concepto de daño a la vida de relación
Julián Ospina Gómez	5 smlmv - \$2'575.000	5 smlmv - \$2'575.000
Alejandra Ospina Rodríguez	5 smlmv - \$2'575.000	5 smlmv - \$2'575.000
Gabriel Ospina Rodríguez	5 smlmv - \$2'575.000	5 smlmv - \$2'575.000
Isabela Ospina Rodríguez	5 smlmv - \$2'575.000	5 smlmv - \$2'575.000

Para adoptar dicha decisión, el a quo sostuvo que en el presente caso se encontraba demostrado que el Juzgado Tercero de Familia de Armenia incurrió en una vía de hecho, tal como lo consideró la Corte Suprema de Justicia, toda vez que la decisión de otorgar la custodia de la menor Isabel Ospina Rodríguez a su madre y autorizar su salida del país, separándola de un hogar debidamente constituido por su padre y sus dos hermanos, vulneró los derechos al debido proceso y a la unidad familiar, al punto de que tal providencia fue revocada y se ordenó al referido juzgado que proferiera un nuevo fallo que garantizara los mencionados derechos fundamentales.

Señaló que para cuando el Juzgado Tercero de Familia de Armenia concedió nuevamente la custodia de la menor al señor Julián Ospina Gómez, ya había sido llevada al exterior, con lo que se les ocasionó a los demandantes un daño antijurídico imputable a la accionada, consistente en la ruptura de la unidad familiar.

Explicó que existían otros medios para evitar la injerencia negativa del padre respecto de su madre y no la “*abrupta decisión de separarla de un núcleo familiar*”, el cual se encontraba debidamente conformado y que le brindaba los medios idóneos para su normal formación y desenvolvimiento social, sin que se conocieran las condiciones del lugar a donde sería llevada a vivir por su madre.

Con fundamento en los anteriores argumentos, el a quo condenó a la Nación-Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial- a pagar a favor de

los actores a título de indemnización de perjuicios morales, la suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, por considerar que no se trataba de un daño irreversible como la muerte, toda vez que el señor Julián Ospina Gómez contaba con los instrumentos idóneos para reintegrar a la menor Isabel Ospina Rodríguez a su núcleo familiar contenidos en normas legales, tales como el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Convención Interamericana de Montevideo de 1989.

A título de indemnización por el “*daño a la vida de relación*”, reconoció a favor de los demandantes una suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, con fundamento en la prueba testimonial recepcionada en el proceso, por cuanto sus actividades cotidianas se vieron alteradas por la ausencia de un miembro de la familia, su hermana menor, quien también padeció un perjuicio de esta naturaleza al haber sido separada de su padre y de sus hermanos y llevada a vivir a otro país, alejada de un hogar al cual ya estaba acostumbrada (fls. 191 a 247 c. ppal).

4. El recurso de apelación

4.1. De manera oportuna, la Nación- Rama Judicial- manifestó su discrepancia con el fallo de primera instancia, por considerar que las pruebas obrantes en el proceso de custodia y cuidado personal permitían establecer que el interés del señor Julián Ospina Gómez era alejar a la madre de sus hijos menores de edad, con lo que generaba inestabilidad emocional para ellos, por tanto, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, dentro de la competencia legal y autonomía funcional que le eran inherentes, debía tomar la decisión que consideraba más conveniente para la menor Isabela Ospina Rodríguez, quien por su corta edad, era lógico que necesitaba el cuidado de su progenitora. La ausencia de la figura materna tiene un efecto emocionalmente negativo para el desarrollo de una adecuada personalidad de los menores, tal como lo mostraron los estudios psicológicos realizados a ellos en ese proceso (fls. 251 a 254 c. ppal).

4.2. En la sustentación del recurso de apelación, la parte actora solicitó que se incrementaran las indemnizaciones de perjuicios morales y por el “*daño a la vida de relación*” reconocidas en la sentencia de primera instancia a favor de los demandantes, en consideración a que existía abundante material probatorio para incrementar su estimación, como era la prueba testimonial recepcionada en el presente proceso (fls. 249 a 250 c. ppal).

5. El trámite en segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante providencia del 5 de abril de 2011 y admitido por esta Corporación el 14 de julio del mismo año (fls. 266 y 271 c. ppal). Posteriormente, mediante providencia del 19 de agosto siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl. 273 c. ppal).

La parte actora reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insistió en que los testigos que declararon en este proceso eran personas cercanas a la familia y observaron los cambios en el estado anímico de cada uno de los demandantes, como consecuencia del desarraigo de la menor Isabela del hogar conformado por su padre y sus dos hermanos; en consecuencia, solicitó que se incrementaran los perjuicios inmateriales deprecados en la demanda (fls. 274 a 281 c. ppal).

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, el 25 de noviembre de 2010, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y lo considerado por la Sala Plena del Consejo de Estado en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso¹.

¹ Auto del 9 de septiembre de 2008 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-26-000-2008-00009-00. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

3. El ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998, la acción de reparación directa debía instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, de la omisión, de la operación administrativa o de la ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

En el caso concreto, la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se origina en el daño que se alega sufrido por los demandantes con ocasión del error judicial en el que habría incurrido el Juzgado Tercero de Familia de Armenia en la providencia proferida el 4 de febrero de 2005, por medio de la cual otorgó dentro del proceso de única instancia, la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su madre y autorizó su salida del país (fl. 23 a 51 c. 1).

En esas condiciones, el término de caducidad debería contabilizarse en principio desde la fecha en que quedó ejecutoriada la decisión del 4 de febrero de 2005, en consideración a que se dictó dentro de un proceso de única instancia. Sin embargo, en el presente caso, mediante fallo del 2 de mayo de 2005, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dejó sin efectos la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, lo que evidenció la existencia de un error judicial contenido en la providencia del 4 de febrero de 2005, el cual incluso declaró configurado, sentencia que se acusa en la demanda como la causante del daño consistente en la separación del núcleo familiar conformado por el señor Julián Ospina Gómez y los menores Alejandra, Gabriel e Isabela Ospina Rodríguez, hecho que les produjo perjuicios morales y un “*daño a la vida de relación*” (fls. 43 a 102 c. 29).

No obstante lo anterior, no obra en el proceso prueba sobre la ejecutoria de la providencia de 2 de mayo de 2005, motivo por el cual la Sala se servirá de su fecha de expedición para efectos de la contabilización del término de caducidad por lo que, al haberse interpuesto la demanda el 1 de febrero de 2006 (fl. 17 reverso c. 1), se deduce que el ejercicio de la acción de reparación directa fue en tiempo oportuno.

3. La legitimación en la causa

Con ocasión del daño que originó la presente acción, esto es, la ruptura de la unidad familiar entre los demandantes y la menor Isabela Ospina Rodríguez, como consecuencia de la providencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, mediante la cual otorgó la custodia y cuidado personal de la referida menor a su madre y autorizó su salida del país, concurrieron al proceso los señores Julián Ospina Gómez, Alejandra Ospina Rodríguez, Gabriel Ospina Rodríguez e, igualmente, la menor Isabela Ospina Rodríguez.

Los referidos demandantes acreditaron su parentesco de padre e hijos, según consta en sus respectivos registros civiles de nacimiento (fls. 19 a 22 c. 1), de donde se infiere que tienen un interés para solicitar la indemnización por los perjuicios inmateriales causados, por tanto, se concluye que cuentan con legitimación en la causa por activa.

La menor Isabela Ospina Rodríguez acudió al proceso representada por su padre, el señor Julián Ospina Gómez, quien al momento de interposición de la presente demanda, tenía la custodia y cuidado personal de sus tres hijos menores de edad, de conformidad con lo ordenado en el fallo proferido el 13 de mayo de 2005 por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia (fls. 34 a 64 c. 2), por tanto, la referida menor se encuentra legitimada en la causa por activa para actuar.

Por su parte, sobre la legitimación en la causa por pasiva, se constata que el daño que se invoca en la demanda proviene de una decisión que adoptó la Nación-Rama Judicial, la cual acudió representada por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 del C.C.A.² y el numeral 8 del artículo 99 de la Ley 270 de 1996³, motivo por el que considera la Sala que la entidad demandada tiene legitimación para actuar dentro del presente asunto.

² El artículo 149 del C.C.A. –modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998– establece al respecto: *“Las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados. (...) En los procesos contencioso administrativos la Nación estará representada por el ministro, director de departamento administrativo, superintendente, Registrador Nacional del Estado Civil, Fiscal General, Procurador o Contralor o por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho. // El Presidente del Senado representa a la Nación en cuanto se relacione con el Congreso. La Nación-rama judicial estará representada por el director ejecutivo de administración judicial...”*.

³ Artículo 99. Del Director Ejecutivo de Administración Judicial. (...)

Son funciones del Director Ejecutivo de Administración Judicial:

8.- Representar a la Nación-Rama Judicial en los procesos judiciales para lo cual podrá constituir apoderados especiales.

4. Problema Jurídico

El problema jurídico del presente asunto se concreta en determinar si el Juzgado Tercero de Familia de Armenia incurrió o no en error judicial, en la providencia del 4 de febrero de 2005, en la cual otorgó la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su madre y autorizó su salida del país, teniendo en cuenta que la referida providencia fue dejada sin efectos mediante sentencia de tutela proferida el 2 de mayo de 2005 por la Corte Suprema de Justicia.

4.1. El daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado. Una vez establecida la alegada afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la posibilidad de imputarla a la demandada.

En este sentido, la parte actora alega que el Juzgado Tercero de Familia de Armenia incurrió, en la providencia del 4 de febrero de 2005, en un error jurisdiccional por vía de hecho, lo cual ocasionó que se separara de manera injusta a la menor Isabela Ospina Rodríguez de su núcleo familiar, el cual estaba conformado por su padre y sus dos hermanos, quienes se desarrollaban en un ambiente idóneo tanto económica como afectivamente, lo que, a su vez, produjo a los demandantes sentimientos de tristeza, aflicción y depresión.

En el caso concreto, la Sala encuentra acreditado el daño, toda vez que está probado que con ocasión de la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Armenia se produjo el desarraigo de la menor Isabela Ospina Rodríguez del hogar constituido por su padre y sus hermanos, dado que concedió su custodia y cuidado personal a su progenitora y autorizó su salida del país, lo que ocurrió el 23 de abril de 2005.

En efecto, obra en el expediente la providencia del 4 de febrero de 2005, mediante la cual el Juzgado Tercero de Familia de Armenia resolvió lo siguiente:

PRIMERO: Se revoca el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de la ciudad, dentro del proceso de divorcio de matrimonio civil de los señores ÁNGELA MARÍA

RODRÍGUEZ BECERRA y JULIÁN OSPINA GÓMEZ, fechada treinta y uno de octubre de dos mil dos, por medio de la cual se dejó la custodia de los menores ALEJANDRA, GABRIEL e ISABELA en cabeza de su progenitor, de forma parcial.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se deja la custodia y cuidado personal de la menor ISABELA OSPINA RODRÍGUEZ en cabeza de su progenitora señora ÁNGELA MARÍA RODRÍGUEZ BECERRA, por haber sobrevenido motivo justo para ello (Art. 259 Código Civil).

TERCERO: Se autoriza la salida de la menor ISABELA OSPINA RODRÍGUEZ para los Estados Unidos de Norteamérica, lugar de domicilio de la señora ÁNGELA MARÍA RODRÍGUEZ BECERRA, líbrese el oficio respectivo al DAS (emigración) y al Ministerio de Relaciones Exteriores.

El 3 de julio de 2007, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS informó que la señora Ángela María Rodríguez Becerra y la menor Isabela Ospina Rodríguez salieron el 23 de abril de 2005 con destino a Miami, según consta en el informe de migración suscrito por la subdirección de asuntos migratorios del DAS (fls. 65 a 70 c. 2).

Se recibieron, igualmente, las declaraciones de los señores Pedro Antonio Valencia Correa, Jorge Hernán González Hoyos, Francisco Javier Medina Peláez, Eduardo León Trujillo y César García Tamayo, los tres primeros amigos de la familia, el segundo el médico de la misma y, el último, el portero del edificio donde residía el señor Julián Ospina y sus tres hijos, quienes coincidieron en manifestar que la menor Isabela Ospina Rodríguez fue separada de su núcleo familiar conformado por su padre y sus dos hermanos y llevada por su madre a vivir a los Estados Unidos, en donde esta última tenía su domicilio, sin que hubiera retornado desde ese entonces a su seno familiar, lo cual produjo a los demandantes sentimientos de aflicción, tristeza y depresión.

En la declaración rendida ante el *a quo*, el señor Pedro Antonio Valencia Correa (fls. 103 a 106 c. 2), manifestó lo siguiente:

[H]hace unos tres años él [se refiere al señor Julián Ospina Gómez] tenía la custodia de los tres hijos, ya que él estaba separado de la ex esposa, él vivía aquí en Armenia con los tres niños Gabriel, Alejandra e Isabel, hace unos dos años la mamá solicitó la custodia de los niños y un fallo de una juez le concedió de la niña menor Isabela a ella, el ingeniero Julián interpuso una tutela en virtud de que iban a separar a los hermanitos, le iban a dejar dos y la niña menor iba a quedar con la madre, esa tutela llegó hasta la Corte Suprema de Justicia hasta la última instancia en donde se revocó el fallo concediéndole al ingeniero

Julián la custodia de la hija menor nuevamente, pero la madre ya se había llevado a la niña para los Estados Unidos, eso ha hecho imposible que él vuelva a reunir a los tres niños.

(...)

[L]uego que él perdió la niña menor se observaron grandes cambios en él, yo diría que en todos los aspectos, en el aspecto laboral prácticamente dejó su ánimo, el ánimo que tenía para el trabajo se le fue al piso, se volvió un hombre muy ensimismado, socialmente se aisló también, yo he podido notar que el ama mucho a esos niños, su núcleo social son sus niños y el tenerlos ahora separados le ha causado incluso enfermedades físicas, que lo he notado creo yo, están conectadas con su estado de ánimo bajo.

(...)

Lo que hace ver que ese fallo errado si lo apocó, de él estar con sus hijos ahora sería otro hombre, la falta de esa hija lo tiene mal, y en cuanto a los niños, los hermanitos, también están afectados, a ellos se les nota la tristeza cuando hablan de su hermanita.

(...)

[P]or ejemplo en cierta oportunidad en mi oficina me comentó con los ojos encharcados que había hablado con su hija por teléfono que estaba desesperado que se le habían llevado su vida, ni hija Ana María estudia con su hijo con Gabriel y ella me comentaba que Gabriel se estaba convirtiendo en un niño distraído, triste, todo coincidiendo con la partida de su hermanita, lo que muestra que los niños si fueron afectados por la separación.

Si yo digo que si los ha afectado mucho, a todos, cuando hablo de moral abarco toda la situación como personas de ellos, yo noto en los niños tristeza, es decir, a tal grado que yo ya no me atrevo a preguntar por la hermanita, porque cuando yo lo he hecho ellos enmudecen y se les nota en el rostro la amargura y ni hablar del papá, yo diría que está destruido por esa pérdida.

Por su parte, el señor Jorge Hernán González Hoyos (fls. 107 a 109 c .2), declaró:

Yo conozco a Julián desde hace 35 años y conozco el matrimonio que tuvo con Ángela desde el momento que lo hicieron y conocimiento de los tres hijos que tienen y en la forma en que ha sido golpeado él y sus tres hijos con la llevada de la niña para Estados Unidos, él tenía los tres hijos aquí y tenía la custodia pero esa custodia se la quitaron y en ese momento fue que se llevaron a la niña a los Estados Unidos sin autorización de él y a partir de ese momento ya las tres personas que quedaron Julián y sus otros dos hijos ha sido muy dura la vida para ellos sin la hermanita menor tanto en lo económico como en lo moral.

(...)

Los afectó en todo sentido, me tocó verlos llorar, sufrir y sobre todo que los dos hermanos también son menores de edad, en la parte económica pues el padre ya no produce lo mismo.

(...)

Si claro inclusive los dos hermanos Gabriel y Alejandra son unos niños muy retraídos y muy independientes, en una reunión los dos son allí solos, se ven como afectados y el padre también, inclusive me ha tocado verlo llorar y con múltiples problemas con los niños de lo mismo retraídos que son.

En su declaración el señor Francisco Javier Medina Peláez (fls. 110 a 112 c. 2), afirmó:

Para el señor Julián fue realmente muy doloroso pues fui testigo muchas veces de las lágrimas que derramó después de la separación de su hija, inclusive desde el punto de vista profesional se vieron menguadas sus capacidades de una forma diría yo exagerada, nosotros continuamos invitando a los tres miembros de la familia que quedan y en ellos, me refiero a los dos hijos he visto un comportamiento de alguna manera solitario y huraño.

La declaración del señor Eduardo León Trujillo (fls. 113 a 115 c. 2), es del siguiente tenor:

Hace aproximadamente como un año y medio o dos años vivía la niña con Julián y sus hermanitos cuando fue cruelmente separada de su hogar con presencia de la policía no sé con qué orden judicial, y al parecer la madre se la llevó a los Estados Unidos.

(...)

Personalmente he palpado la tristeza y el agobio que han sufrido los niños que han quedado en Colombia por no encontrarse con su familia ya que entre sí había mucha hermandad y mucho amor.

(...)

Los afectó de una manera muy importante ya que se nota con mucha frecuencia actitudes depresivas por parte de los dos niños que están aquí, inclusive en varias ocasiones encontré a la niña llorando en su casa sola y me decía que era que le hacía mucha falta la otra niña. El papá presentó varias crisis, episodios depresivos, los cuales me tocó manejarlos con medicamentos antidepresivos y todavía no ha podido superar dicho trauma, no ha sido posible que él se haga a la idea de no convivir con la niña.

(...)

Si los ha afectado moralmente y psicológicamente porque ellos vivían como una familia y esta se desintegró prácticamente con la ausencia de Isabela.

Y, finalmente, el señor César García Tamayo (fls. 116 a 118 c. 2), declaró:

*Pues llegó un agente de policía y la mamá de la niña, yo nos lo deje entrar, primero le anuncie al ingeniero, abrió la puerta y luego entraron los agentes de policía, la mamá inmediatamente abrazó a la niña, la alzó, la sacó para la calle y la metió al carro de policía.
(...)*

[E]n el momento en que le quitaron la niña quedaron muy tristes, ha perdido muchos trabajos debido al trauma que tiene por la pérdida de la niña, los niños mantienen traumatizados.

(...)

En todo, el papá primeramente moral y laboralmente porque él es uno que me cuenta lo que está pasando con la niña y ahí mismo suelta el llanto o sea que se siente moralmente afectado.

(...)

Los niños moralmente, diario mantienen muy tristes por la falta de la hermanita porque han sido un grupo familiar muy unido, es como si hubiera muerto, sabiendo que está viva entonces es algo muy doloroso.

(...)

Si correcto, los ha afectado mucho, por el motivo que ellos salen por la mañana a estudiar y dicen lástima que no está mi hermanita para irnos para el colegio todos los días como lo hacíamos antes y eso los mantiene muy tristes, creo que hasta psicológicamente.

(...)

Nunca la volví a ver, pero para mí debe ser también muy triste para ella la falta de los dos hermanitos y el papá, ya que todos son muy queridos, pero ella por ser la más pequeñita eran más pendiente de ella y todo.

En consecuencia, la Sala encuentra acreditado el daño reclamado por el señor Julián Ospina Gómez y los menores Alejandra y Gabriel Ospina Rodríguez, con ocasión de la separación de la menor Isabela Ospina Rodríguez de su núcleo familiar, lo que produjo a estos demandantes sentimientos de aflicción, tristeza y depresión.

Ciertamente, los testigos son unísonos al afirmar que los demandantes cambiaron de actitud, toda vez que notaban muy tristes y retraídos; que el señor Ospina Gómez había expresado sentimientos de desesperación por la aflicción que le producía el hecho de haber hablado con ella por teléfono y no tenerla a su lado; que los hermanitos se notaban tristes y solitarios; que al ser preguntados sobre su hermanita lloraban, se quedaban callados y habían expresado que les hacía falta su hermanita y que sentían lastima por no poder ir con ella al colegio como lo hacían habitualmente.

El padre había expresado actitudes depresivas al punto de tener que tomar medicamentos antidepresivos, como lo manifestó el señor César García Tamayo, médico de la familia, quien también agregó que, al ser preguntado por su hija, se sumía en llanto por la tristeza que eso le producía, argumentos que confirman que los demandantes sufrieron una afectación moral por el hecho de la separación de su hija y hermana.

A lo anterior debe agregarse que resulta razonable asumir que entre los miembros de la familia, según señala la propia Constitución (artículo 44), existen lazos de cariño, de fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, y la ruptura de esos lazos genera desazón, tristeza, angustia y sentimientos de frustración que, en tratándose de los niños, como el caso de los menores Alejandra y Gabriel Ospina Rodríguez, pueden calificarse como profundos y permanentes.

No puede afirmarse que los niños, por razón a su minoría de edad, no experimenten aflicción, angustia o dolor. El daño moral no está relacionado con los menores o mayores niveles de conciencia o de conocimiento racional de una situación. Por el contrario, son, precisamente, los menores los que en un núcleo familiar, con mayor intensidad padecen o se benefician moralmente de las condiciones de su entorno; los infantes perciben con mayor agudeza y padecen aun inconscientemente los rigores de las calamidades familiares, como sucede cuando aquéllos pierden la oportunidad de gozar de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por sus progenitores, sus hermanos y demás parientes⁴. En este sentido el Consejo de Estado expuso:

⁴ Sobre las consecuencias producidas por la ausencia del padre o de la madre en las familias que estaban debidamente conformadas, autores como Kliksberg han manifestado que afectan el rendimiento educacional de los niños, la afectación de la inteligencia emocional, refiriéndose a la escasa capacidad de enfrentar adversidades, la salud en general y las sensaciones de inferioridad, agresividad, aislamiento, resentimiento y lo que él denomina *“la orientación en aspectos morales”*. Adicionalmente, señala una desventaja importante con respecto al capital social, puesto que estos niños al carecer de una familia integrada tienen menor preparación para asumir el mundo laboral

De los menores cabe preguntarse si en razón de su minoría de edad son sujetos ajenos al daño moral. Si se tratara de dolor físico nada obsta para responder afirmativamente. Tratándose de aflicción, angustia daño moral propiamente dicho, en principio pudiera pensarse que la mayor o menor ausencia de conciencia o de conocimiento racional de una situación pudiera afectar tal causación y condigno reconocimiento. Pero lo cierto es que son precisamente los menores los que en un núcleo familiar, con mayor intensidad padecen o se benefician moralmente de las condiciones de su entorno, pues los infantes como ningún otro sujeto son receptores y perciben con mayor agudeza y padecen hasta inconscientemente los rigores de las calamidades familiares⁵.

En efecto, la psiquiatría ha estudiado los efectos de la pérdida de los familiares allegados en los niños, comprendiendo dentro de esta acepción desde los recién nacidos hasta los adolescentes, es decir a quienes en el Código Civil se denomina como infantes, impúberes y adultos (art. 34) y ha llegado a la conclusión de que a todos ellos los afecta y que, en los infantes y en los impúberes, por tener menos mecanismos defensivos, tales efectos (tristeza, sensación de desamparo, inquietud y hasta melancolía) son mayores y pueden conducir más tarde a específicos estados depresivos que puedan llegar a requerir tratamiento especializado⁶.

moderno con las exigencias que ello implica, más sin el apoyo emocional que se necesita de la familia va a ser más difícil culminar sus estudios. Kliksberg (2000). *“La situación social de América Latina y sus impactos sobre la familia y la educación”*. F.C.E.-BID. Argentina. Tomado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/economia/14/pdf/situacion_americalatina.pdf f. 26/07/2018 – 09:41.

Para los niños que han vivido inicialmente con ambos padres, este resulta ser el escenario habitual donde se desarrollan y desenvuelven sus actividades cotidianas. Lo ajeno, lo inesperado es situarse en una convivencia donde uno de los padres ya no vive en el hogar. Este hecho genera un quiebre en la noción que el niño tiene de su realidad familiar exponiéndolo al estrés de tener que enfrentar cambios significativos en sus rutinas de vida. Oriana Cifuentes, Neumann y Neva Milicic, Müller. (2010). *“Crisis en la infancia: ¿qué piensan, sienten y dicen los niños sobre la separación de sus padres?”* Editorial Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, p. 471.

Las consecuencias de esta crisis en los niños suelen ser: contacto insuficiente o pérdida de contacto con una de las figuras paternas luego de la separación o el divorcio; pérdida de contacto con redes de apoyo significativas debido a cambios de casa o ciudad; reacciones emocionales intensas de llanto y queja; miedo y preocupación respecto de ser abandonados o separados de sus padres; sentimientos de culpa por la separación de los padres; sentimientos de dolor y tristeza combinados con baja valoración personal, desconfianza, inseguridad y/o pérdida del interés en actividades que antes les generaban placer; aumento en la frecuencia de problemas de conducta; desmotivación escolar y baja en el desempeño; conductas regresivas; manifestaciones de pseudo madurez -asumir roles parentales y nuevas responsabilidades- y las quejas psicósomáticas Jongsman, A. E., Peterson, L. M. & McInnis, W. P. (2000). *“The child psychotherapy treatment planner (2.a ed.)*. New York: John Wiley & Sons”. En *“Crisis en la infancia: ¿qué piensan, sienten y dicen los niños sobre la separación de sus padres?”*. Editorial Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, p.p. 471-472.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 1999, expediente: 11900. M.P. María Elena Giraldo Gómez. En similar sentido ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, expediente: 11.842. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente: 10140. M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Esta Corporación en reciente pronunciamiento⁷, sobre la vulneración de los derechos de los niños y la unidad familiar, consideró:

Ahora bien, para tratar el tema del derecho fundamental a la unidad familiar, el cual proviene de la consagración constitucional del bien ius fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, es necesario acudir a las tesis sociológicas que buscan justificar la importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

De tal manera, debe destacarse que a lo largo de la constitución de las civilizaciones se ha acudido a teorías creacionistas y evolucionistas que con el tiempo tuvieron diversas ramificaciones según su afectación cultural y religiosa, de acuerdo con las cuales el concepto “familia” tenía varias influencias que acentuarían la importancia patriarcal o matriarcal de los sujetos que la conforman, pero en todo caso con un punto de encuentro, el mantenimiento de relaciones de cooperación para la supervivencia, es decir, iría tomando forma el principio de solidaridad.

Posteriormente, en obras jurídicas, políticas, sociales y económicas, varios autores comenzarían a estudiar el concepto de familiar respecto al hombre como tal y su papel en la sociedad, en consecuencia, se marcarían tendencias individualistas del ser, así como, de otro lado, aquellas que propugnaban por la familia como núcleo, tendencia que fue acogida por la tradición jurídica de occidente, específicamente el civilismo francés al cual debemos gran parte de nuestro ordenamiento jurídico actual, por lo tanto recibiríamos varios conceptos como la familia monoparental, la necesidad de prestaciones sociales para asistencia en la vejez y el papel primordial de los menores como sujetos integrantes de la familia de manera preponderante.

Es así que ese papel preponderante de la familia en la sociedad a la cual esta última debe brindar protección y asistencia, sería positivizado en instrumentos universales y regionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de tal forma que su aplicación es para todo ser humano sin excepción alguna.

En vista de lo anterior, debe destacarse que Colombia ha integrado varios de esos instrumentos internacionales para la protección del derecho a la familia por medio del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, por lo que derechos como los establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, la Declaración Universal para la Erradicación del Hambre, las Reglas de Beijing, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad o las Directrices de RIADH, etc, adquieren el

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 28 de enero de dos mil dieciséis 2016. Radicación número: 25000-23-37-000-2015-01901-01(AC). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

rango de fundamentales en tanto tenga que ver con los consagrados de tal forma en el ordenamiento interno o sean conexos con los mismos.

Igualmente, la protección de la familia se encuentra a lo amplio de nuestra Norma Fundamental en varios artículos que consagran su importancia, su protección y los deberes de aquella para con sus miembros, de la siguiente manera:

(...)

En este orden de ideas, de conformidad con la protección constitucional que se ha establecido para la familia como núcleo fundamental de la sociedad, es necesario precisar que en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha sostenido que es “(...) aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos (...)”⁸.

Es así como partiendo de este imperativo, la Corte Constitucional ha manifestado que la unidad de la misma solo se puede ver afectada en situaciones concretas en las que se puede discernir la posible afectación de los derechos del menor, los cuales en un rango de ponderación deben primar, es así que consideró:

(...) En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares y que el carecer de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, ha sostenido que solo razones muy poderosas, ya sea por una norma jurídica, por decisión judicial o por orden de un defensor o comisario de familia, se puede afectar la unidad familiar (...).

Ahora bien, debe destacarse que en la demanda se pidió que se declarara la responsabilidad patrimonial por el daño supuestamente ocasionado a la menor Isabela Ospina Rodríguez, lo que resulta procedente siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso; sin embargo, en el plenario no obran medios de convicción que proporcionen la certeza requerida para establecer la existencia cierta del daño alegado, razón por la cual se impone denegar la declaratoria de responsabilidad solicitada a favor de la mencionada demandante.

Establecida la existencia del daño para el caso del señor Julián Ospina Gómez y los menores Alejandra y Gabriel Ospina Rodríguez, corresponde efectuar el

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-170 de 2015.

análisis pertinente, a fin de determinar si el mismo puede ser imputado a la parte demandada.

4.2. La imputación

Tanto en la demanda como en el recurso de apelación los actores alegaron, en síntesis, que el Juzgado Tercero de Familia de Armenia incurrió en un error jurisdiccional en la providencia del 4 de febrero de 2005, mediante la cual concedió la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su progenitora y autorizó su salida del país, lo que ocasionó la ruptura de la unidad familiar conformada por su padre y sus dos hermanos, quienes le ofrecían las condiciones económicas y afectivas idóneas para su desarrollo integral.

Como puede apreciarse, dicha situación alude a la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la administración de justicia, regulada hoy en día en la Ley 270 de 1996⁹, disposición que se encontraba vigente al momento en que se adoptó la providencia del 4 de febrero de 2005, que concedió la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su progenitora y autorizó su salida del país, con la cual los demandantes consideran que se materializó el daño, de manera que orienta los criterios generales a tener en cuenta para resolver el caso concreto, de conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales que en torno a ella se han proferido¹⁰.

La jurisprudencia de la Sala, elaborada antes de la vigencia de la Constitución de 1991, distinguió entre la actividad propiamente judicial y las actuaciones administrativas de la jurisdicción. En esa oportunidad se admitió, bajo el régimen de falla del servicio¹¹, la responsabilidad por los daños que se causaran en ejercicio de actuaciones administrativas y, en relación con la actividad jurisdiccional, se consideró que no era posible deducir responsabilidad patrimonial del Estado, porque los daños que se produjeran como consecuencia de dicha actividad eran cargas que los ciudadanos debían soportar por el hecho de vivir en sociedad, en orden a preservar el principio de la cosa juzgada y, por tanto, la seguridad jurídica; de manera que, la responsabilidad en tales eventos era de índole personal en relación con el juez, en los términos previstos en el artículo 40

⁹ Publicada en el Diario Oficial 42.745 de 15 de marzo de 1.996.

¹⁰ Este criterio fue expuesto recientemente por la Sala en sentencia de 11 de septiembre de 2011, expediente 18913.

¹¹ En este supuesto se encuentra los actos de los secuestres que ocasionaran grave deterioro a los bienes o la sustracción de títulos o bienes que se encontraran bajo la custodia de las

del Código de Procedimiento Civil, bajo el presupuesto de que este hubiera actuado con error inexcusable.

La Constitución de 1991, al consagrar la responsabilidad del Estado por *“los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*, previó una fórmula general de responsabilidad, con fundamento en la cual no quedaba duda de que había lugar a exigir la responsabilidad extracontractual del Estado por acción u omisión de la Administración de Justicia¹².

Después de la entrada en vigencia del artículo 90 constitucional, se mantuvo la diferencia entre la actividad propiamente judicial, reservada a las providencias judiciales por medio de las cuales se declarara o hiciera efectivo el derecho subjetivo, y la responsabilidad por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que se siguió predicando de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales, sin que hicieran parte de ella las de interpretar y aplicar el derecho¹³. Así, se declaró la responsabilidad del Estado por el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, en eventos como las dilaciones injustificadas¹⁴, o pérdida o deterioro de bienes decomisados, que no fueron entregados por el depositario, o que no eran de propiedad del demandado¹⁵.

También la Sala aclaró que el error que podía dar lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado no se reducía a la *“vía de hecho”*, ni se identificaba con las llamadas por la Corte Constitucional *“causales de procedibilidad”*, sino que correspondía a un defecto sustantivo, un defecto fáctico, porque el error judicial que da lugar a la reparación es toda disconformidad de la decisión del juez con el marco normativo que regula el tema de la decisión, incluida la valoración probatoria que corresponda realizar. Además, el error judicial debe estar contenido en una providencia judicial, que de manera normal o anormal, ponga fin al proceso, pero dicha providencia no debe ser analizada en forma aislada, sino en relación con los demás actos procesales¹⁶.

autoridades judiciales. Sentencias del 10 de noviembre de 1967, expediente 868; 31 de julio de 1976, expediente 1808 y del 24 de mayo de 1990, expediente 5451.

¹² Ver sentencia de 13 de diciembre de 2001, expediente 12.915 y del 5 de agosto de 2004, expediente 14.358.

¹³ Sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 13.164.

¹⁴ Sentencia de 25 de noviembre de 2004, expediente 13.539.

¹⁵ Sentencias de 3 de junio de 1993, expediente 7859 y 4 de diciembre de 2002, expediente 12.791.

¹⁶ Sentencia de 5 de diciembre de 2007, expediente 15.128.

El artículo 65 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló la responsabilidad del Estado: *“El Estado deberá responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”*.

La norma que viene de transcribirse desarrolla la cláusula general de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables y que fueren causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, concepto que desde luego comprende todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares de la justicia¹⁷.

El error jurisdiccional fue definido en el artículo 66 de la misma normativa como *“aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”*.

Al declarar la exequibilidad de este artículo, la Corte Constitucional precisó que: (i) dicho error se materializa únicamente a través de una providencia judicial; (ii) debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia ha definido como una *“vía de hecho”*, y (iii) no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la Rama Judicial, porque ello comprometería en forma grave la seguridad jurídica. En tal sentido condicionó la decisión de exequibilidad de la norma, concepto del cual se ha pronunciado en varias oportunidades la Sala¹⁸.

El error del juez radica en la valoración abiertamente equivocada de los medios probatorios que obraban en el proceso o la inobservancia de un elemento normativo decisivo e incidente en el proceso, lo cual conlleva a la incorrecta aplicación de la disposición jurídica al caso de su conocimiento y, por tanto, a proferir en aquella una decisión judicial contraria al ordenamiento jurídico.

¹⁷ Sentencia de 22 de noviembre de 2001, expediente No. 13.164. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

En efecto, la providencia judicial debe ser contraria a derecho, *“bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho)”*¹⁹.

En relación con el indebido funcionamiento de la Administración de Justicia, concretamente con las dilaciones injustificadas, el artículo 29 de la Constitución de 1991 estableció como garantía del debido proceso, el trámite sin dilaciones injustificadas y el 228 *ibídem* consagró los principios de celeridad y eficacia en la actuación judicial, al disponer que *“los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”*.

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce la garantía de ser juzgado sin dilaciones como elemento básico del debido proceso legal, aplicable a todos los procesos judiciales²⁰ y aunque en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue reconocido concretamente el derecho del acusado de delito *“a ser juzgado sin dilaciones indebidas”*, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos considera que dicha garantía es aplicable a procesos de otra índole²¹.

En la Ley 270 de 1996 se estableció esta modalidad de responsabilidad del Estado como residual, con fundamento en la cual deben ser decididos los supuestos de daño antijurídico sufridos a consecuencia de la función jurisdiccional que no constituyan error jurisdiccional o privación injusta de la libertad por no provenir de una decisión judicial.

En vigencia de la Constitución de 1991, la Sala ha reconocido el derecho a la indemnización por fallas en la administración de justicia y, en particular, por el

¹⁸ Sentencia C-037 de 1996. Respecto de la cual se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias del 4 de septiembre de 1997, expediente 10285, 28 de enero de 1999, expediente 14399 y de 29 de abril de 2006, expediente 14837.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16.594, CP: Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, la sentencia de 12 de octubre de 2017, expediente 35337, CP: Marta Nubia Velásquez Rico.

²⁰ Esa norma dispone: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

²¹ CIDH, Detención arbitraria, *Diez años de actividad*, 1982, pág. 320. Citado por Daniel O'Donnell en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004, págs. 306-307 y 442.

retardo injustificado de adoptar decisiones que causan daño a las partes o a terceros²².

Finalmente, el artículo 70 de la Ley 270 de 1997, dispone que *“El daño se entenderá como culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado”*.

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se tiene acreditado lo siguiente.

El 31 de octubre de 2002, el Juzgado Primero de Familia de Armenia decretó el divorcio del matrimonio civil celebrado por los señores Ángela María Rodríguez Becerra y Julián Ospina Gómez; asimismo, dispuso que la custodia y cuidado personal de sus tres hijos menores de edad estuviera a cargo de su padre. La decisión se apoyó en el siguiente raciocinio:

En cuanto a las pruebas como soporte de las pretensiones se tiene que con el registro de matrimonio aportado se demostró la existencia del vínculo matrimonial, así como con el registro civil de nacimiento se probó la consanguinidad padres – hijos y la minoría de edad de estos.

Por lo tanto se accederá a las pretensiones de la demanda y se decretará el divorcio del matrimonio civil invocado por los solicitantes.

(...)

Por último y por no ser contrario a la ley la totalidad del siguiente acuerdo al cual han llegado los solicitantes, se aprobará:

Respecto de sus hijos menores de edad.

La custodia y el cuidado personal será ejercida por el padre.

La patria potestad de los menores continuará en cabeza de ambos padres.

Lo referente a las visitas, la madre tendrá derecho a visitar a sus hijos cuando a bien lo tenga.

La madre contribuirá al sostenimiento de sus hijos cuando ella lo considere conveniente, sin fijársele cuota alimentaria (fls. 73 a 77 c 2).

El 4 de febrero de 2005, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia revocó el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 31 de octubre de 2002 por el Juzgado Primero de Familia de Armenia y ordenó que la

²² Sentencias del 3 de junio de 1993, expediente 7859 y del 4 de diciembre de 2002, expediente 12.791.

custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez estuviera a cargo de su madre, la señora Ángela María Rodríguez Becerra. En la aludida providencia se autorizó, adicionalmente, la salida de la menor Isabela para los Estados Unidos, lugar de domicilio de la madre, así como que se informara esa circunstancia al DAS – emigración y al Ministerio de Relaciones Exteriores. La anterior decisión se fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones:

La señora Ángela María Rodríguez Becerra, en calidad de representante legal de los menores Alejandra, Gabriel e Isabela Ospina Rodríguez, ha presentado proceso verbal sumario de custodia y cuidado personal en contra del señor Julián Ospina Gómez.

(...)

Que los señores Julián Ospina Gómez y Ángela María Rodríguez Becerra, contrajeron matrimonio de carácter civil el día 23 de febrero de 1991 y dentro de dicho matrimonio se procreó a los menores Alejandra, Gabriel e Isabela. Que los señores Ospina – Rodríguez promovieron el proceso de divorcio de su matrimonio civil en la ciudad de Armenia, a pesar de encontrarse radicados en los Estados Unidos de Norteamérica, proceso en el cual se invocó la causal de mutuo acuerdo, y en el acuerdo presentado al juzgado de conocimiento se expresa que la custodia y cuidado de los menores Alejandra, Gabriel e Isabela quedarían en cabeza de su progenitor el señor Julián Ospina Gómez, pero la demandante, no demostró que el señor Ospina Gómez se hubiera trasladado con sus menores hijos de los Estados Unidos de Norteamérica a esta ciudad, en forma intempestiva y sin contar con el conocimiento de la progenitora, ya que no demostró que el señor Ospina Gómez hubiera elaborado documento alguno con la firma de la señora Ángela María concediendo la autorización como progenitora de los menores para trasladarse de un país a otro, lo cual no demostró con prueba alguna.

Se demostró que los menores reciben por parte de su progenitor todo lo necesario tanto física como afectivo, pero a su vez se demostró que el señor Ospina Gómez ejerce conductas sobre sus menores hijos con el fin de dañarle la imagen a la señora Ángela María como su madre. Se demostró además que la señora Ángela María estuvo en esta ciudad visitando a sus menores hijos desde el mes de mayo hasta agosto de 2004, donde se dedicó a los menores brindándoles mucho cariño, bienestar social y de salud, también se demostró que los menores citados se encuentran viviendo en esta ciudad en compañía de su progenitor, desde mediados del 2003 y que la conducta que se viene ejerciendo por parte del señor Ospina Gómez sobre sus menores hijos con el ánimo de crear en ellos una imagen negativa de su progenitora y como consecuencia la falta de afecto de los citados a su madre, se ejerce desde que los menores se encuentran solo bajo la custodia de su padre, lo cual se desprende de los informes psicológicos del establecimiento educativo Gimnasio Ingles fechados 18 y 20 de mayo y 11 de junio de 2004 y del informe de la visita

domiciliaria practicada por el asistente social de este juzgado el día 17 de noviembre de 2004 y con la valoración psicológica realizada a los tres menores por parte del psicólogo del ICBF de esta ciudad el día 4 de septiembre de 2003.

Se demostró que una vez la señora Ángela María vino a esta ciudad a visitar a sus menores hijos a partir del mes de mayo de 2004 en su afán de poder compartir con sus menores hijos solicitó ante la defensoría de familia del ICBF Seccional Quindío, audiencia de conciliación para regulación de visitas con sus menores hijos, y además se acordó una cuota de alimentos de \$250.000 mensuales a cargo de la señora Ángela María para sus menores hijos y además el pago del tratamiento odontológico de cada menor, lo cual es demasiado significativo para el Despacho, ya que la señora Ángela María a pesar de tener su empleo en los Estados Unidos de Norteamérica viajó desde allí, para compartir con sus hijos durante los meses de mayo y junio a quienes se les dedicó por completo al punto que para poder estar tranquila con sus menores hijos tuvo que acudir al ICBF para que allí se regularan las visitas y además se comprometió a suministrar una cuota de alimentos para su menores hijos.

Se demostró que por la actitud del señor Julián Ospina Gómez frente a sus menores hijos con respecto a la imagen y afecto de los menores a su progenitora, Alejandra y Gabriel quienes en la actualidad son los dos hijos mayores de los señores Julián y Ángela María dicen no querer a su progenitora; en cambio la menor Isabela quien es la hija menor de los citados no se encuentra tan contaminada por las acciones del señor Ospina Gómez frente a sus hijos y con respecto al tema de la señora Ángela María, aún más Isabela dice no estar contenta viviendo con su hermano Gabriel, quien según se desprende del informe de asistencia social del juzgado modifica las respuestas dadas por la menor Isabela.

Teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso, y que es deber del despacho respetar el derecho prevalente de los menores, y que a pesar de haberse demostrado que el demandado le suministra a sus menores hijos todo lo necesario tanto físico como afectivo, también se demostró que este con su actuar frente a los menores está impidiendo el ejercicio de los derechos que como madre debe ejercer la señora Ángela María; pero que Gabriel y Alejandra están demasiado contaminados por la actitud de su padre frente a Ángela María, considera el Despacho contraproducente tanto para los menores como para su madre, dejarlos bajo la custodia y el cuidado de esta. No ocurre lo mismo con respecto a la menor Isabela quien no tiene una imagen tan negativa de su progenitora, pero de continuar al lado de su hermano Gabriel y su progenitor, van a llegar al mismo estado en que se encuentran Gabriel y Alejandra y teniendo en cuenta los derechos prevalentes de los menores, y además del sexo y la edad de la misma, ya que en la actualidad solo cuenta con 6 años y 4 meses de edad y que no se demostró dentro del proceso que la señora Ángela María fuera inhábil para detentar el cuidado de sus menores hijos, se dejara la custodia y cuidado personal de la menor Isabela en cabeza de su progenitora, quien por residir en el exterior donde tiene su trabajo para su sustento, y el de sus hijos, se autoriza la salida de la

menor del país en compañía de su progenitora decisión que se hace necesario tomar desde ya, en consideración a tener la señora Ángela María su domicilio en los Estados Unidos de Norteamérica. La señora Ángela María deberá con el señor Julián regular la forma como este visitará a su menor hija Isabela (fls. 10 a 38 c. 2).

El 24 de febrero de 2005, la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior de Armenia negó la acción de tutela propuesta por el señor Julián Ospina Gómez contra el Juzgado Tercero de Familia de esa ciudad, en consideración a que no incurrió en vía de hecho por violación de alguno de los derechos invocados por el actor –igualdad de las partes ante la ley, derecho a acceder a la administración de justicia, el debido proceso y a la unidad familiar-, dado que no realizó ninguna actividad arbitraria que hubiera quebrantado alguna de las normas que regían el proceso verbal de custodia y cuidado personal de menores o que hubiera vulnerado el derecho de defensa del accionante. A tal conclusión llegó el aludido Tribunal luego del siguiente análisis:

La interpretación que el Juez hace de la ley en ejercicio de su competencia y de la autonomía funcional, no puede confundirse con una vía de hecho. La sentencia que profirió la Juez Tercera de Familia de Armenia no contiene fundamento arbitrario o injusto, ni carece de sustento legal y menos obedece a su voluntad subjetiva. Se apoya en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al expediente. Implica esto que ni el derecho fundamental al debido proceso ni el derecho de defensa aparecen violentados en el discurrir procesal de la acción que culminó con la sentencia a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Finalmente se concluye que no puede el juez de tutela invadir la órbita del juez natural para entrar a cuestionar o certificar la decisión que sólo a él corresponde pronunciar, como funcionario de única instancia en este específico caso, porque se violentaría injustamente su autonomía funcional, en detrimento obviamente de las reglas legales de competencia.

Consecuente con todo lo anterior, se concluye que no hubo de parte de la funcionaria titular del Juzgado Tercero de Familia de Armenia, violación de ninguno de los derechos fundamentales invocados. No se presenta defecto sustantivo, factico, orgánico ni procedimental, dado que la sentencia discutida se fundamenta en normas legales y constitucionales, en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, fue proferida por funcionario competente y conducido el debate por el procedimiento señalado en la ley (verbal sumario) (fls. 83 a 92 c. 2).

El 2 de mayo de 2005, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior del Quindío y,

como consecuencia, concedió al señor Julián Ospina Gómez, en nombre propio y en el de su hija menor Isabela Ospina Rodríguez, la tutela de los derechos al debido proceso y a la unidad familiar, asimismo, dejó sin efectos la sentencia proferida el 4 de febrero de 2005 por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, al que ordenó que, en el término de 48 horas, iniciara los trámites tendientes a dictar un nuevo fallo que consultara los factores de persuasión obrantes en el expediente y determinó que si la providencia del juzgado se hubiera cumplido, debía revertirse la situación al estado anterior. En este sentido se puntualizó:

Es verdad, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación desde los albores mismos de la tutela, que esta acción no puede tener cabida en cualquier eventualidad contra providencias o actuaciones judiciales, sino tan solo cuando estas entrañen una vía de hecho, vale decir, que a los ojos de todos sea producto de una indiscutible arbitrariedad del administrador de justicia, causante de quebranto a los derechos fundamentales y siempre que el afectado no tenga a su disposición otra forma de resguardo judicial.

En el caso de ahora, de aquellos tantos que dejan traslucir la situación de desavenencia entre unos padres por la custodia y cuidado personal de los comunes hijos menores, debe abrirse paso la excepcional intervención del juez constitucional, porque está presente el defecto antes aludido en la sentencia que se acusa, en la medida en que la misma no consulta debidamente los elementos de persuasión que informan el complejo problema familiar de autos.

Obsérvese que Ángela María y Julián de mutuo acuerdo aceptaron que el último tuviese la custodia de los hijos, de tal manera que no puede considerarse, en línea de principio, que el asunto hubiera sido discutido o traumático, y por consiguiente, no puede ser objeto de un cambio repentino. Desde luego que en casos de estirpe semejante la situación puede cambiar, pero eso sí, requiere cabal demostración de circunstancias que del mismo modo justifiquen la variación de las medidas, del statu quo, mayormente si a raíz de aquel consenso, la niña Isabela se desenvolvía en un grupo familiar conformado por su padre y sus otros dos hermanos, hogar que, por otra parte, según abundante prueba, respecto de lo cual no hay disputa, ofrece las condiciones físicas y morales idóneas, pues el esmero del padre en pos de los tres hijos nadie lo ha puesto en duda, ni siquiera lo hace el juzgado de conocimiento.

(...)

Bajo ese contexto, ¿Cómo vino, entonces, la juez accionada a remover ese cuadro de cosas?, ¿Qué circunstancias especiales pudieron mover su ánimo para alterar la armonía familiar así establecida? En realidad, no se descubre un episodio de mayor aprecio; nada sobrevino que fuese digno de atención, que justificase tal ruptura del núcleo y entorno familiar de los menores; tanto es así que de la lectura de la providencia

lo pone de relieve. ¿Qué dijo, pues, la Juez? Que acontecía que el padre impedía el ejercicio de los derechos de la madre y que había una influencia negativa del padre respecto de la imagen materna. Empero, aunque se admitiera sin discusión una de esas dos cosas, o aun las dos, lo cierto es que carecen de fuerza para tomar tamaña determinación de cara a un cuadro familiar que, viene de establecerse, posee los requisitos físicos y morales suficientes para el desarrollo armónico e integral de los menores y que exige, por consiguiente, un estudio ponderado, reflexivo, que no se ve en la sentencia.

Los remedios para aquellos problemas de eventual obstaculización del padre a los derechos de la madre, pueden ser otros, pero no desestabilizar el entorno familiar conformado idóneamente, con todos sus integrantes, tanto menos por el suceso especial en que la menor tiene que salir del país a incrustarse no se sabe en qué grupo familiar, en qué condiciones de solvencia moral, económica o de adaptabilidad.

Desde luego que para tomar una determinación tan brusca como es desarraigar a un menor de su hogar conformado con sus hermanos, se necesita mucho más, no la simpleza que exhibe la providencia del juzgado accionado, que prácticamente se funda en llanas hipótesis sobre los posibles inconvenientes que pone el padre al ejercicio de los derechos de la madre, y para los cuales, insístase, hay otros medios. Tan ligera fue la decisión que hoy se tiene el absurdo consistente en que la demanda fue para el cambio de custodia y cuidado personal de los tres menores y la respuesta fue que sólo procedía en relación con uno sólo debido a que los otros estaban ‘contaminados’ por la injerencia paterna.

Por lo demás, obra en el expediente un concepto rendido por la procuradora de asuntos de familia de Armenia, concepto del cual, si bien arribó tardíamente al trámite del amparo, no por ello puede descartarse a la hora de saber cuan indispensables resultan las averiguaciones que se echan de ver, particularmente cuando exalta que si bien ‘el Despacho judicial, profirió el fallo dentro de la ley, debió de manera oficiosa decretar otras pruebas que eran necesarias para determinar si era benéfico o no para la menor ISABELA que saliera de su entorno familiar a otro, que tanto el Juez como la parte demandante desconocen, como lo dice el accionante en su demanda, así mismo, para garantizar al demandado Ospina Gómez el trato imparcial a que él se refiere (fls. 93 a 102 c. 2).

El 13 de mayo de 2005, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia dictó de nuevo el fallo, acogiendo el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia y, por ende, dejó sin efectos la sentencia del 4 de febrero de 2005 y, en su lugar negó la opción de no rompimiento de la unidad familiar, con el fin de lograr la estabilidad emocional de la menor Isabela Ospina Rodríguez, de no desarraigarla del ambiente cultural y familiar en el que había vivido hasta esa fecha; además, por desconocer realmente el despacho, las circunstancias en que la menor podría vivir en otro país. En este sentido se señaló:

La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, revisó la sentencia dictada por este Despacho Judicial, considerando la existencia de vía de hecho, al otorgar la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a favor de la señora Ángela María Rodríguez Becerra, ordenando proferir nuevamente fallo y para ello precisó:

(...)

Concluyendo la alta Corporación que era necesario tutelar los derechos al debido proceso y la unidad familiar y así dejó sin efectos el fallo proferido por esta dependencia judicial.

En este orden de ideas, el Despacho acogiendo el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia, basados en el no rompimiento de la unidad familiar, de lograr la estabilidad emocional de la menor ISABELA, de no desarraigarla del ambiente cultural y familiar en el que ha vivido hasta la fecha, además, por desconocer realmente el despacho, las circunstancias en que la menor podría vivir en otro país, se deja sin efectos la sentencia proferida por este Despacho el día 4 de febrero de 2005 y en consecuencia se denegaran las pretensiones incoadas por la parte actora, dejando la custodia de los tres menores en cabeza del señor JULIÁN OSPINA GÓMEZ, tal como le fue concedida en sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Armenia, calendada 31 de octubre de 2002 (fls. 34 a 64 c. 2).

Al decidir en el presente caso, el *a quo* sostuvo que el Juzgado Tercero de Familia de Armenia incurrió en una vía de hecho, en la decisión de otorgar la custodia de la menor Isabel Ospina Rodríguez a su madre y autorizar su salida del país, toda vez que, al separarla del hogar debidamente constituido por su padre y sus dos hermanos, vulneró los derechos a la unidad familiar y al debido proceso, al punto de que tal providencia fue revocada y se ordenó al juzgado de familia que proferiera un nuevo fallo que garantizara los mencionados derechos fundamentales.

En el recurso de apelación se insistió en que las pruebas obrantes en el proceso de custodia y cuidado personal permitían establecer que el interés del señor Julián Ospina Gómez era alejar a la madre de sus hijos menores de edad, con lo que generaba inestabilidad emocional para ellos, por tanto, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia, dentro de su competencia legal y la autonomía funcional que le eran inherentes, debía tomar la decisión que consideraba más conveniente para la menor Isabela Ospina Rodríguez, quien por su corta edad, era lógico que necesitaba el cuidado de su madre, toda vez que la negación de la figura materna no era un hábito emocionalmente sano en los menores para el desarrollo de una

adecuada personalidad, tal como lo reflejaron los estudios psicológicos a ellos realizados en ese proceso.

En este caso se debe señalar que, frente a la decisión tomada por el juzgado de familia, el ahora demandante se vio obligado a presentar una acción de tutela a efectos de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad de las partes ante la ley, a acceder a la administración de justicia, el debido proceso y a la unidad familiar y, en primera instancia, el Tribunal Superior de Armenia denegó el amparo solicitado, decisión que fue revocada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por considerar que el juez de familia había incurrido en una vía de hecho al quebrantar el núcleo y el entorno familiar de los menores de edad Alejandra, Gabriel e Isabela Ospina Rodríguez, al conceder la custodia y cuidado personal de esta última a su madre y autorizar su salida del país.

La sentencia objeto de cuestionamiento fundamentó su decisión en el hecho de que el señor Ospina Gómez ejercía una influencia negativa en sus hijos en relación con la imagen de su madre y decidió quitarle la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez, porque aquella aún no se encontraba totalmente contaminada por ese influjo, empero, tal como lo consideró la Corte Suprema de Justicia, existían otros mecanismos para evitar tal injerencia del padre respecto de la madre, pero no *“la abrupta decisión de separarla de su núcleo familiar”*, el cual se encontraba debidamente conformado por su padre y sus dos hermanos y en el que gozaba de las condiciones físicas, morales y económicas idóneas para su formación integral, sin que en el fallo objeto de análisis hubieran consultado, además, las circunstancias de adaptabilidad a las que debía enfrentarse en el hogar conformado por su madre y su compañero permanente en los Estados Unidos.

A lo anterior debe agregarse que, en la providencia que se discute como errónea se aceptó que el hogar que constituían el señor Julián Ospina Gómez y sus tres hijos era idóneo y adecuado, por lo tanto, el Juzgado Tercero de Familia de Armenia antes de tomar la determinación de desarraigar a la menor de tal núcleo familiar, debía buscar otras medidas judiciales para evitar que el padre obstaculizara el ejercicio de los derechos de la madre, no así la destrucción el *statu quo* que resultaba favorable para la menor Isabela Ospina Rodríguez.

Al respecto se debe precisar que los menores de edad son sujetos de especial protección constitucional en virtud del artículo 44 de la Constitución Política y en esa medida, resulta imperativo para las autoridades del Estado proteger sus derechos fundamentales y garantizar su desarrollo armónico e integral.

Aunado a lo anterior, la misma norma constitucional reconoce como un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes tener una familia y no ser separado de ella, lo cual está encaminado a mantener el contacto directo o la cercanía física permanente de estos con su familia. El constituyente reconoce así que la unidad familiar representa una garantía para el desarrollo integral de la infancia pues, en esa etapa, los niños y niñas necesitan del apoyo moral y psicológico de su familia, y en especial de sus padres, para evitar trastornos o afectaciones a su desarrollo personal.

Por otra parte, se resalta que el artículo 42 Constitucional consagra una serie de prerrogativas o derechos en favor del grupo familiar y de la unión familiar que otorgan un *plus* de protección a la familia como núcleo esencial o institución básica de la sociedad, y por esa vía la convierte en sujeto colectivo titular de derechos fundamentales, dado que puede exigirle a otro (particular o Estado) que se comporte a su favor.

La unión familiar constituye un pilar fundamental del núcleo esencial del derecho a la familia. Así por ejemplo, la Corte Constitucional en la sentencia T-447 de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, aseguró:

El núcleo familiar tiende a la permanencia, y su eventual disolución solo es admisible en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre de conformidad con las normas preestablecidas por el orden jurídico. Todos los miembros de una familia tienen derecho a conservar su unidad, ya que aquella es la célula de la sociedad. El interés general recae sobre la unidad familiar, no sólo por razones elementales de convivencia, sino porque el vínculo familiar no puede ser disuelto sin justa causa. La sociedad natural es la familia, y en tal sentido sobre ella se levanta la solidez de la sociedad civil; el Estado y la sociedad no pueden ser, por tanto indiferentes ante la supervivencia o no de la estructura familiar.

(...)

Como tendencia unitiva del hombre, la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa – fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común- y sin el consentimiento de las personas que

la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional²³ ha sostenido que la familia debe ser considerada como una comunidad de vida y convivencia plena, por lo que el aislamiento de uno de sus miembros, en circunstancias como la del presente caso, afecta de manera inminente la estabilidad de su núcleo familiar²⁴. En ese orden de ideas, se estima que la autoridad accionada, al momento de conceder la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez, no tuvo en cuenta la situación familiar y personal del grupo familiar constituido por su padre y sus dos hermanos, quien, como era conocido, proporcionaba a sus tres hijos las condiciones idóneas para su normal desarrollo; tampoco tuvo en cuenta el impacto negativo en la unidad familiar, ni la salud emocional de todos los miembros que conformaban ese núcleo familiar.

La decisión del Juzgado Tercero de Familia desconoció la realidad probatoria y causó un daño al padre, a los hermanos y a la propia menor Isabela Ospina Rodríguez por haberla separado de su núcleo familiar, sin que se hiciera una averiguación previa para determinar su situación familiar y personal y así establecer si estaba o no en condiciones menos favorables a las ofrecidas por su progenitora; tampoco se consideró que ello le generaría afectaciones emocionales debido a la injustificada variación de esas condiciones, lo que pudo afectar su desarrollo integral, al tender lazos afectivos débiles, o peor aún, inexistentes con el grupo familiar del que hacía parte, por la misma decisión de sus padres.

Al respecto, se debe precisar que para modificar el ambiente al cual ya estaba acostumbrada la menor Isabela Ospina Rodríguez era necesario examinar detenidamente las condiciones en las que esta se desenvolvía y las que tendría en un nuevo hogar, lejos de las personas con las que había creado un vínculo; sin embargo, en la providencia cuestionada no se tenía claridad ni certeza alguna sobre las condiciones de vida que le iban a proporcionar a la menor en su nuevo hogar.

Si bien es cierto que se debe evitar a toda costa destruir el *statu quo* que resulte favorable para los menores, también lo es que esa situación puede modificarse cuando se presenten circunstancias especiales que puedan afectar sus derechos

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 2007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

²⁴ En este sentido ver: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 19 de mayo de 2016, expediente: 25000-23-37-000-2016-00573-01(AC). C.P. Guillermo Vargas Ayala.

fundamentales, lo cual no ocurrió en el presente caso, toda vez que, por el contrario, se pudo establecer que la menor Isabela Ospina Rodríguez se encontraba en buenas condiciones en el hogar que le brindaba su padre, quien, además, le proporcionaba todo lo necesario para su desarrollo integral, sin que la solución para evitar que este impidiera el ejercicio de los derechos de la madre, pudiera ser la destrucción de la unidad familiar, en atención a que es un derecho fundamental de los niños tener una familia y no ser separados de ella.

Ciertamente, los demandantes sufrieron la vulneración del derecho a no ser separados de su familia y a no sufrir injerencias ilícitas y arbitrarias en su vida familiar, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, todo ello como consecuencia del error judicial en el que, como advirtiera la H. Corte Suprema de Justicia, incurrió el juzgado de familia, al que se ha hecho referencia, razones que llevan a esta Sala a considerar que el daño reclamado en el libelo demandatorio debe ser reparado por la Nación-Rama Judicial, puesto que se encuentra debidamente acreditado que el mismo tuvo su origen en la decisión judicial cuestionada, la cual fue revocada por el juez de tutela.

Por todo lo anterior, a juicio de esta Sala, el daño antijurídico alegado y plenamente acreditado en el expediente, le es imputable a la accionada, en atención a que la decisión proferida por el Juzgado Tercero de Familia de Armenia vulneró los derechos fundamentales de los demandantes a la unidad familiar y a tener una familia y no ser separados de ella, motivo por el cual se confirmará en ese punto la sentencia apelada, en cuanto declaró la responsabilidad administrativa de la Nación – Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-.

5. Indemnización de perjuicios.

Ahora bien, resulta necesario precisar, *ab initio*, que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, está encaminado, como se indicó, a que se aumenten los montos reconocidos por el *a quo* como indemnización de perjuicios morales y por el “*daño a la vida de relación*” a favor de los demandantes, en la forma en que se solicitaron en la demanda.

5.1. Indemnización de perjuicios morales

Teniendo en cuenta que el Tribunal *a quo* condenó a la entidad demandada a pagar la suma equivalente en pesos a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los demandantes y que en la apelación se solicita se incrementen dichos montos y se acceda al reconocimiento de los rubros solicitados en la demanda a favor de todos ellos en cuantía de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales, la Sala estudiará las pruebas que permitan establecer la existencia e intensidad de dicho perjuicio.

Para acreditar la configuración del perjuicio moral, se recibieron en el proceso las siguientes declaraciones:

Declaración de Pedro Antonio Valencia Correa (fls. 103 a 106 c .2):

(...) si yo digo que los ha afectado mucho a todos, cuando hablo de moral abarco toda la situación como personas de ellos, yo noto en los niños tristeza, a tal grado que yo ya no me atrevo a preguntarles por la hermanita, porque cuando lo he hecho, ellos enmudecen y se les nota en el rostro la amargura y ni hablar del papá, yo diría que está destruido por esa pérdida, reitero lo que dije al principio, es otro hombre, es otra persona.

Declaración de Jorge Hernán González Hoyos (fls. 107 a 109 c .2):

(...) Si claro, inclusive los dos hermanos Gabriel y Alejandra son unos niños muy retraídos y muy independientes, en una reunión los dos son allí solos, se ven como afectados y el padre también, inclusive me ha tocado verlo llorar y con múltiples problemas con los niños de los retraídos que son.

Declaración de Eduardo León Trujillo (fls. 113 a 115 c .2):

Personalmente he palpado la tristeza y el agobio que han sufrido los niños que han quedado aquí en Colombia por no encontrarse con su familia, ya que entre sí había mucha hermandad y mucho amor.

(...)

Si los ha afectado grandemente moral y psicológicamente, porque ellos vivían como una familia y esta se desintegró prácticamente con la ausencia de Isabela.

Declaración de César García Tamayo (fls. 116 a 118 c .2):

(...) en el momento en que le quitaron a la niña quedaron muy tristes, ha perdido muchos trabajos debido al trauma que tiene por la pérdida de la niña, los niños mantienen traumatizados, ellos me tratan a mí como alguien de la familia, me comentan que están aburridos porque les hace mucha falta la hermanita.

(...)

En todo, el papá primeramente laboral y moralmente, porque él es uno de los que me cuenta que está pasando con la niña y ahí mismo suelta el llanto o sea que se siente moralmente afectado.

(...)

Los niños moralmente, diario mantienen muy tristes por la falta de la hermanita porque han sido un grupo familiar muy unido, es como si hubiera muerto sabiendo que está viva, entonces es algo muy doloroso.

En el expediente obra suficiente prueba testimonial que da cuenta del dolor, el sentimiento de impotencia, la incertidumbre y la preocupación en que quedaron sumidos el señor Julián Ospina Gómez y sus hijos menores Gabriel y Alejandra Ospina Rodríguez, al tener que soportar la total e intempestiva ausencia de su hija y hermana, respectivamente. La menor fue llevada del país por su madre con destino a los Estados Unidos, lugar en el que tenía su domicilio y según los testimonios vertidos en el proceso, la niña ha permanecido en ese país, sin que hubiere retornado a su seno familiar conformado por su padre y sus hermanos.

Con fundamento en lo anterior, concluye la Sala que la ruptura del núcleo familiar, produjo ciertamente –como plantea la demanda- un padecimiento moral a los demandantes. En efecto, -reitera la Sala-, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia y otras afectaciones, cuando uno de los seres queridos es separado de su seno familiar, más aun teniendo en cuenta que tal ruptura no resulta ser de carácter transitorio, pues no se trata de una orden provisional o supeditada al cumplimiento de un período de tiempo establecido y, por el contrario, como lo puso de manifiesto la prueba testimonial, la menor ha permanecido en ese país, sin que hubiere retornado a su seno familiar conformado por su padre y sus hermanos.

Precisado lo anterior y teniendo en cuenta que la prueba testimonial es clara en demostrar la afectación moral sufrida por los demandantes, se impone incrementar el monto reconocido por concepto de indemnización de perjuicios morales a la suma de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes

para el señor Julián Ospina Gómez y cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demás demandantes, Alejandra Ospina Rodríguez y Gabriel Ospina Rodríguez.

El monto antes reconocido obedece que si bien no se trata de un daño irreversible como la muerte, a juicio de la Sala si se trata de un perjuicio de gran magnitud que puede asimilarse a este evento, en consideración a que no se tiene certeza de cuándo volverá a reunirse este grupo familiar que se encontraba debidamente constituido, a lo que debe agregarse que aun cuando el señor Julián Ospina Gómez contaba con los instrumentos legales para reintegrar a la menor Isabel Ospina Rodríguez a su núcleo familiar, tales como el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Convención Interamericana de Montevideo de 1989, ello está necesariamente ligado a que en esos procesos se profiriera una sentencia favorable a sus pretensiones, lapso durante el cual seguirán privados de su compañía, así como los sentimientos de amor y afecto que se prodigan dentro de una familia.

5.2. Afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos

El concepto “*daño a la vida de relación*”, que hacía referencia a las consecuencias que en razón de una lesión o afectación se producen en la vida de relación de quien la sufre²⁵, fue abandonado y reemplazado, primero por el de alteración grave a las condiciones de existencia²⁶, y luego por el de daño a la salud, cuando el perjuicio se genera por afectación corporal o psicológica, y también por el de daño a bienes o derechos constitucionalmente protegidos, cuando aquél tiene su origen en la afectación de cualquier otro bien, derecho o interés legítimo, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “*daño corporal o afectación a la integridad psicofísica*”²⁷.

Al respecto, la Sala aplica los criterios expuestos por esta Corporación, en la sentencia de unificación de la Sala Plena del 28 de agosto del 2014, en la cual se sostuvo que esta clase de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados deben ser reconocidos

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842. C.P. Alier Eduardo Hernández.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de agosto de 2007, rad. 2002-00004-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

como una tercera categoría de daños inmatrimales autónomos. En esa oportunidad la Sala²⁸, precisó:

El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características: i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial. // ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales. // iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular. // iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial. // ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia. // iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. // iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, sentencia del 28 de agosto del 2014, rad. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.// v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. // vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.

Así las cosas, el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados es un daño inmaterial autónomo que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario y, en tal virtud, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, tienen efectos expansivos y universales, toda vez que no solamente están destinadas a tener incidencia concreta en la víctima y su núcleo familiar cercano, sino a todos los afectados, y aún inciden más allá de las fronteras del proceso a la sociedad en su conjunto y al Estado.

Sin embargo, la Sala pone de presente que pese a que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha decretado este tipo de medidas, no es posible aplicarlas a la totalidad de casos, pues estas deberán emplearse en aquellos en los que esté debidamente acreditado que con la actuación estatal se hubieran vulnerado los derechos constitucionales o convencionales.

La prueba testimonial rendida en el proceso da cuenta de la vulneración de derechos constitucional y convencionalmente protegidos de los demandantes Julián Ospina Gómez, Alejandra Ospina Rodríguez y Gabriel Ospina Rodríguez, a hacer parte de una familia, ya que uno de sus miembros fue extraído de tal núcleo de manera injusta.

Esa afectación quedó acreditada en el expediente con las siguientes pruebas:

Declaración de Pedro Antonio Valencia Correa (fls. 103 a 106 c .2):

[L]uego que él perdió a la niña menor se observaron grandes cambios en él, yo diría que en todos los aspectos, el aspecto laboral prácticamente dejó su ánimo, el ánimo que él tenía para el trabajo prácticamente se le fue al piso, se volvió un hombre muy ensimismado, socialmente se aisló totalmente también.

[P]ero por ejemplo en el trabajo se le vio la pérdida de ganas, ese motor que él tenía para trabajar, perdió mucho el interés en el trabajo, en el asociarse con los amigos, nosotros compartíamos en tertulias con los compañeros de trabajo eso se perdió.

Declaración de Jorge Hernán González Hoyos (fls. 107 a 109 c .2):

(...) Los afectó en todo sentido, me tocó verlos llorar, sufrir y sobre todo que los dos hermanos también son menores de edad, en la parte económica, pues el padre ya no produce lo mismo.

Declaración de Francisco Javier Medina (fls. 110 a 112 c .2):

(...) inclusive desde el punto de vista profesional se vieron menguadas sus capacidades de una forma diría yo exagerada, nosotros continuamos invitando a los tres miembros de la familia que quedan y en ellos, me refiero a los tres niños, he visto un comportamiento de alguna forma solitario y huraño.

(...) el comportamiento social de ellos cambio bastante de modo que su capacidad de relacionarse la he notado muy distinta a la que antes tenía y para el señor Julián Ospina como dije antes, esa situación lo ha afectado desde el punto de vista profesional y desde el punto de vista de su sociabilidad.

Declaración de César García Tamayo (fls. 116 a 118 c .2):

(...) los ha afectado mucho, por el motivo que ellos salían por la mañana a estudiar y dicen que lástima que no está mi hermanita para irnos para el colegio todos los días, como lo hacían antes.

Con fundamento en lo anterior, se tiene establecido que tal hecho irregular de la administración de justicia les produjo a los demandantes la vulneración del derecho a tener una familia y a no sufrir injerencias ilícitas y arbitrarias en su vida familiar, consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, la Sala considera que imponer una medida no pecuniaria a favor de los demandantes no cumple con el objetivo de restablecimiento pleno de sus derechos, como hubiera sido por ejemplo ordenar a cargo de la entidad demandada un tratamiento psicológico para que los demandantes hubieran podido afrontar tal situación dolorosa, toda vez que la violación de los mismos se dio hace mucho tiempo en consideración a la fecha en la que se profiere la presente sentencia, por tanto, la única medida que contribuye a la realización efectiva de la igualdad sustancial y que, de cierto modo, puede resarcir el daño a ellos ocasionados en esa etapa de su vida, es un reconocimiento monetario.

Por consiguiente, la Sala modificará en este punto la sentencia de primera instancia y reconocerá lo equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada uno de los demandantes Julián Ospina Gómez, Alejandra Ospina Rodríguez y Gabriel Ospina Rodríguez, en consideración a que resulta razonable entender que la ruptura de la unidad familiar puede transgredir los derechos constitucional y convencionalmente protegidos al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia y a la integridad física y psicológica de los menores y su padre, a quien se le privó de sus derechos a tener una comunicación y un contacto directo y permanente con su hija, a lo que debe agregarse que en el presente asunto se trata de la protección de los bienes *ius fundamentales* de los menores de edad que son sujeto de protección reforzada por parte del Estado²⁹.

6. Condena en costas

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo normado en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-500 de 1993.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

MODIFICAR la sentencia apelada, esta es, la proferida el 25 de noviembre de 2010 por el Tribunal Administrativo del Quindío, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-**, por los daños causados a los demandantes como consecuencia del error jurisdiccional en que incurrió el Juzgado Tercero de Familia de Armenia al proferir la sentencia de 4 de febrero de 2005, que concedió la custodia y cuidado personal de la menor Isabela Ospina Rodríguez a su señora madre, según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-**, a pagar a los demandantes que a continuación se relacionan, los siguientes montos, por concepto de indemnización de perjuicios morales:

Para Julián Ospina Gómez, la suma de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para Alejandra Ospina Rodríguez, la suma de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para Gabriel Ospina Rodríguez, la suma de cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: CONDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-**, a pagar a los demandantes que a continuación se relacionan, los siguientes montos, por concepto de afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos:

Para Julián Ospina Gómez, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para Alejandra Ospina Rodríguez, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para Gabriel Ospina Rodríguez, la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones formuladas en la demanda.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA