

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Radicación número: 680012315000199902617 01 (30924)

Actor: GABINO REMOLINA MÉNDEZ Y OTROS.

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y OTROS.

Asunto: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 31 de diciembre del 2004 proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César. Mediante la que se dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRESE no probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACION (sic) EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por el Departamento de Santander, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda. [...]¹

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

El 8 de noviembre de 1999 los señores Gabino Remolina Méndez y Teresa de Jesús Jaramillo Aguilar, actuando en nombre propio, y en representación de su hija SL²; mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentaron demanda mediante la cual solicitaron que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera: LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION, DEPARTAMENTO DE SANTANDER – SECRETARIA DE EDUCACION, MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA y el INSTITUTO FE Y ALEGRIA son administrativa y

¹ Fl. 279 del C. Ppal.

² La Sala no mencionará en esta providencia el nombre de la niña víctima, salvo en la parte resolutive, para proteger su derecho al intimidad.

solidariamente responsables de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, y a su menor hija, por la falla o falta en el servicio, que condujo a la desfloración de la menor SL en hechos ocurridos el 5 de octubre de 1998 en el Instituto Fe y Alegría de Bucaramanga.

Segunda: Condenar, en consecuencia a la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION, DEPARTAMENTO DE SANTANDER – SECRETARIA DE EDUCACION, MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA, y el INSTITUTO FE Y ALEGRIA como reparación del daño causado, a pagar a los actores, los perjuicios de orden material y moral, así:

1. PERJUICIOS MORALES (Subjetivados)

a. A: GABINO REMOLINA MENDEZ, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y que está sufriendo, por la violación de SL, en su calidad de padre, en cuantía equivalente a dos mil gramos oro (2.000grs) el valor en la fecha de la ejecutoria del fallo.

b. A: TERESA DE JESUS JARAMILLO AGUILAR, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y que está sufriendo, por la violación de SL, en su calidad de madre, en cuantía equivalente a dos mil gramos oro (2.000grs) al valor en la fecha de la ejecutoria del fallo.

c. A:SL, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y que está sufriendo, por el acceso carnal violento de que fue objeto, en su calidad de víctima, en cuantía equivalente a dos mil gramos oro (2.000grs) al valor en la fecha de ejecutoria del fallo.

2. PERJUICIOS MATERIALES:

Daño Emergente:

A título de indemnización por perjuicios materiales (Daño Emergente) a favor de los señores GABINO REMOLINA y TERESA DE JESUS JARAMILLO, en cuantía igual o superior a \$710.000.00, que corresponden a Consultas Médicas Ginecológicas y Sesiones de Psicología a que debió ser sometida la menor.

Daño Emergente Futuro:

A título de indemnización por perjuicios materiales (Daño Emergente Futuro) a favor de los señores GABINO REMOLINA y TERESA DE JESUS JARAMILLO, en cuantía igual o superior a \$625.000,00 que corresponden a Sesiones de Psicología a que deberá ser sometida la menor para culminar el tratamiento.

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES: \$1.335.000,00

Estos daños se actualizarán teniendo en cuenta el incremento del Índice (sic) de Precios al Consumidor y aplicando para ello las fórmulas de matemáticas que se vienen aplicando en este campo.

Tercera: Sobre el total de las sumas que correspondan a favor de los demandantes, deberá liquidarse la indexación que determina el artículo 178 del C.C.A.; y respecto de los perjuicios morales se tendrá en cuenta la cotización que certifique el Banco de la República del gramo oro a la fecha de ejecutoria de la sentencia final, y la certificación del DANE sobre el índice de precios al consumidor.

Cuarta: Las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia, en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Quinta: Si no se efectúa el pago oportunamente, la entidad condenada liquidará los intereses comerciales y moratorios hasta que le dé (sic) cabal cumplimiento a la sentencia que le puso fin al proceso, conforme lo prevé el artículo 177 del C.C.A.”³

1.2. Fundamento fáctico

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda, la Sala los sintetiza así:

Los señores Gabino Remolina Méndez y Teresa de Jesús Jaramillo matricularon a su hija, SL, en la Institución Fe y Alegría, en el grado primero de primaria. El 5 de octubre de 1998, encontrándose en las instalaciones del plantel educativo, la menor SL fue accedida carnalmente por uno de sus compañeros del Instituto, concretamente por los menores “Carlos N y Leydy N”.

De acuerdo con lo manifestado en la demanda, la madre de la menor intentó obtener una explicación por parte de la institución, sin ser atendida; SL acudió a la atención de un médico ginecólogo, quien realizó un reconocimiento y rindió su concepto profesional. El Juzgado Segundo de Menores de Bucaramanga, inició la investigación N° 1998-0364, que de acuerdo con el apoderado de la parte actora, no ha sido posible conocer el resultado de la misma.

2. Actuación procesal en primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Santander, previamente a admitir la demanda, ordenó que se oficiara al Instituto Fe y Alegría, con el fin que enviara una constancia de la naturaleza jurídica de tal institución⁴. Una vez que se respondió que su naturaleza jurídica era de entidad pública oficial⁵, mediante providencia del 13 de diciembre de 2000 el Tribunal admitió la demanda⁶.

³ Fls. 17 – 19 del C.1.

⁴ Fls. 27 del C.1

⁵ Fl.29 del C.1

⁶ Fl. 31 del C. 1.

El auto admisorio fue notificado a las entidades demandadas durante del mes de junio de 2001 así: el 13 de junio al Ministerio de Educación⁷; el 14 de junio al Departamento de Santander;⁸el 19 de junio al Instituto Fe y Alegría⁹; y el 20 de junio al Municipio de Floridablanca¹⁰. Al Ministerio Público se le notificó el 15 de enero de 2001¹¹. El proceso se fijó en lista por un término de 10 días el 16 de octubre de 2001.¹²

En escrito del 26 de octubre de 2001¹³, el Departamento de Santander contestó la demanda. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, admitió algunos hechos, y respecto de otros manifestó que estaría a lo que se probara en el desarrollo del proceso; propuso las excepciones que denominó “Falta de legitimación en la causa por pasiva” e “Inexistencia de responsabilidad administrativa del Departamento”. La primera de estas excepciones la sustentó en que los hechos en que la menor resultó afectada son ajenos al Departamento, y la segunda excepción la fundamentó, en una argumentación circular: en que no existió responsabilidad alguna del Departamento de Santander en los hechos en que se funda la demanda.

A su turno, el Instituto Fe y Alegría, el 29 de octubre de 2001 contestó la demanda,¹⁴ en el escrito de contestación se opuso a todas las pretensiones, admitió algunos hechos, negó otros, y respecto de otros manifestó que estaría a lo que resultara probado dentro del proceso. Esta entidad no propuso excepciones de mérito.

Por su parte el Ministerio de Educación Nacional también contestó la demanda el 29 de octubre de 2001¹⁵. En el escrito de contestación admitió unos hechos, negó otros, y respecto de algunos sostuvo que se atendería a lo probado. Se opuso a todas las pretensiones y pese a que no propuso formalmente excepciones, al exponer las razones de su defensa, sostiene que de acuerdo con la descentralización administrativa en el sector educativo, el Departamento de Santander es autónomo en la administración de la planta docente y administrativa de los establecimientos de educación y en consecuencia a esta entidad territorial le corresponde la vigilancia y control.

El municipio de Floridablanca no contestó la demanda¹⁶.

Agotada la etapa probatoria, a la que se dio inicio, mediante auto del 16 de julio de 2002¹⁷, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, en proveído del 15 de marzo del 2004¹⁸.

⁷ Fl. 35 del C.1.

⁸ Fl. 49 del C.1

⁹ Fl. 36 del C.1.

¹⁰ Fl. 47 a del C.1.

¹¹ Fl. 32 anverso, del C.1.

¹² Fl. 49 anverso, del C.1.

¹³ Fls. 56 – 60 del C.1.

¹⁴ Fls. 61 – 63 del C.1.

¹⁵ Fls. 71-74 del C.1

¹⁶ Fl. 87 del C.1

¹⁷ Fls. 94-96 del C.1.

¹⁸ Fl. 250 del C.1.

EL apoderado de la parte actora, el 1 de abril del 2004, presentó su escrito de alegatos¹⁹, en el que se limitó a reiterar los argumentos de la demanda. La apoderada del Departamento de Santander presentó el escrito contentivo de sus alegaciones el 2 de abril de 2004²⁰ y en éste reitera que se encuentra acreditada la falta de legitimación en la causa por parte de este ente territorial, puesto que:

“No existe ni constitucional ni legalmente norma alguna que determine que es el Departamento de Santander, quien debe asumir el control, organización, manejo y demás de los Centros Educativos del Municipio de Floridablanca, competencia que le asiste al Municipio, como quiera que es a esta entidad territorial que le corresponde su administración, funcionamiento y vigilancia del bien inmueble donde funciona el Instituto FE Y ALEGRÍA”.

La apoderada del Municipio de Floridablanca presentó alegatos de conclusión el 12 de abril de 2004²¹ y en éste sostiene que, de un lado, existen dudas acerca de la realización del daño en las instalaciones del plantel educativo; y de otro, que del informe psicológico de los menores implicados se desprende que es descartable que sean éstos responsables de la comisión del hecho.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia.

La Sala de Descongestión para los Tribunales de Santander, Norte de Santander y Cesar, en sentencia del 31 de diciembre del 2004 resolvió declarar no probada la excepción de falta de legitimación en el sujeto pasivo propuesta por el Departamento de Santander, y negó las pretensiones de la demanda. La negativa a declarar probada la excepción de Falta de legitimación en la causa, la fundamentó el tribunal de manera superficial y contradictoria en los siguientes términos:

“ Esta excepción no está llamada a prosperar como quiera que el Departamento de Santander no(sic) tener ninguna responsabilidad sobre el Instituto Fe y Alegría.”[...]

A su vez, la negativa de las pretensiones la sustentó en ausencia de prueba de las condiciones específicas en que ocurrieron los hechos. Concretamente a este respecto en el fallo del a quo se consignó:

“Para la Sala es claro que dentro del plenario no aparece(sic) suficientemente acreditadas las circunstancias en que tuvo lugar el hecho del cual pudo desprenderse el daño cuyo resarcimiento demanda la parte actora. Para que

¹⁹ Fls. 299 – 300 del c.1.

²⁰ fls. 258-260 del C.1.

²¹ Fls. 261-262 del C.1.

la Administración puede(sic) entenderse responsable por los posibles daños ocasionados a la menor SL, es necesario que esté demostrada la participación de esta en la comisión de los hechos que pudieron originar aquellos, lo cual no se acreditó. La menor SL, parece haber sido objeto de alguna maniobra desproporcionada sobre su humanidad de la cual pudieron derivar lesiones ya fueran de tipo material o psicológico, tal y como se deduce de los informes presentados por el Instituto Colombiano de Medicina legal obrante a folios 210 y 211, en los que se demuestra que la menor presentaba trauma con objeto contundente a nivel de vulva y meato urinario; no obstante, no se ha logrado establecer que en tales maniobras hubiese habido participación de personal directivo de la institución, ni de aquel que estuviera bajo su cuidado y vigilancias, así como fue descartado en el examen psicológico obrante a los folios 229 y 242 efectuada a los menores JHON GERLY CEDIEL QUINTERO Y DIANA KATHERINE BELTRAN, respectivamente, que es prácticamente descartable y proco probable que estos hubiesen tenido alguna participación en el acceso carnal violento[...].”

“Reitera la Sala que las circunstancia(sic) que pudiera(sic) tener lugar el hecho no aparecen señaladas más que de un modo vago, sin que haya prueba que soporte las afirmaciones de la parte demandante, a las cuales puede darse credibilidad sobre la base de las pruebas testimoniales recepcionadas en el proceso, como quiera que no hay razón que justifique el dicho de los testigos, quienes no pudieron dar certeza de su directo conocimiento de los hechos, y en cambio evidenciaron en sus declaraciones no tener un conocimiento cercano de las circunstancias, que ellos mas bien ignoraban”.

4. El recurso de apelación.

Mediante escrito del 24 de febrero de 2005, el apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación²² contra la sentencia del 31 de diciembre del 2004.

5. Actuación en segunda instancia.

La Sección Tercera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en auto del 8 de junio de 2006, corrió traslado a la parte actora para que sustentará el recurso de apelación interpuesto, y concedido por el Tribunal de primera instancia. La nueva apoderada de la parte actora sustentó el recurso de apelación en escrito radicado el 9 de junio de 2005²³, en éste se alega que la conclusión a la que llegó el Tribunal, “riñe con la teoría de la responsabilidad civil y estatal, respecto del deber de vigilancia y cuidado que los establecimientos educativos tienen respecto de sus estudiantes y conlleva igualmente a un supino desconocimiento de la razón de ser de

²² Fls. 283 del C. Ppal.

²³ Fls. 306 – 318 del C. Ppal.

las entidades del estado”. Apoya la anterior afirmación en sentencias del Consejo de Estado, que transcribe parcialmente.

De otra parte, manifiesta que dentro del expediente se encuentra acreditado el vínculo de la menor con la institución educativa, y se encuentra acreditados los actos abusivos que se realizaron contra la menor, para lo cual transcribe fragmentos de un certificado médico y de una certificación psicodiagnóstica. Luego se enuncian decisiones del Consejo de Estado sobre el deber de vigilancia y cuidado de las instituciones educativas respecto de sus alumnos, con base en lo establecido por el artículo 2347 del código Civil.

Por último, pone de presente la apoderada de la parte recurrente que la Constitución Colombiana y diversas legislaciones supranacionales como El pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención Americana sobre derechos humanos y la Convención sobre los derechos del Niño, consagran normas que hacen prevalente la protección de los derechos de los menores.

Con base en todo lo anterior, la recurrente solicita revocar la sentencia objeto del recurso; acceder a las pretensiones de la demanda, y de esta manera garantizar los derechos fundamentales de la menor SL.

En auto del 17 de julio del 2006²⁴, la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado admitió el recurso interpuesto y sustentado oportunamente por la parte actora.

Mediante providencia del 18 de agosto de 2006 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y para que el Ministerio rindiera concepto escrito²⁵.

Las partes dejaron transcurrir del término que tenían para presentar sus alegatos, sin hacer manifestación alguna. El Ministerio Público radicó concepto escrito el 26 de agosto de 2006,²⁶ en el cual solicita revocar la sentencia de primera instancia pues considera que las lesiones sufridas por la menor le son atribuibles a la administración. El referido concepto concluye en los siguientes términos:

“[...] colocar a los estudiantes de diferentes edades y sexos a compartir los mismos horarios de recreo o esparcimiento, sin prestar la atención, el control y el cuidado, implica que la Administración cohonestó y consintió de manera implícita en que los menores ejecutaran actos de agresión física y sexual, como en el sub-judice, con lo cual la Administración fue ligera al no buscar los mecanismos necesarios para impedir que los alumnos mayores atentarán(sic) contra la integridad física de los más pequeños, y por ello, si no se cumple con esa

²⁴ Fl. 320 del C. Ppal.

²⁵ 322 del C. Ppal.

²⁶ Fls. 324 – 351 del C. Ppal.

obligación se incurre en irregularidad que compromete su responsabilidad frente a los mismos”.

El expediente ingresó al despacho del Magistrado ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, el 27 de septiembre de 2006, para elaborar el proyecto de sentencia.

El proceso fue reasignado al despacho del Magistrado JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, mediante acta individual de resignación el día 23 de septiembre de 2010²⁷.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Antes de entrar en el debate del asunto, la Sala establece la vocación de doble instancia del presente proceso. De acuerdo con el artículo 31 de la Carta Política se reconoce el principio de la doble instancia, cuyo carácter debe respetar la garantía de acceso efectivo de la administración de justicia, sin que esto implique su carácter absoluto. Por lo tanto, se precisa tener en cuenta que la jurisdicción y competencia del juez se determinan “con fundamento en la situación de hecho existente en el tiempo de la demanda”, en aplicación de la denominada “*perpetuatio iurisdictionis*”. En ese sentido, para la época en que se presentó la demanda, 8 de noviembre de 1999, la norma procesal aplicable era el decreto 597 de 1988, en atención a lo establecido en el párrafo del artículo 164 de la ley 446 de 1998²⁸, de tal manera que la cuantía para que un proceso de reparación directa tuviera una vocación de doble instancia era de \$18'850.000.

Al revisar las pretensiones de la demanda, se encuentra que la parte actora solicitó por concepto de perjuicios morales el equivalente a 6.000 gramos oro, que para la fecha de presentación tenían un valor de \$114'000.000. Como se señaló, la cuantía para que se pueda deducir la vocación de doble instancia, que se corrobora con la admisión del recurso de apelación por el Despacho y que no fue discutido por las partes en dicha instancia, se encuentra superada para el presente caso lo que permite que el asunto sí pueda acceder a la doble instancia ante esta Corporación²⁹.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la apoderada de la parte actora en el recurso de apelación único, conforme a lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso; específicamente se concretará en verificar si en el expediente se encuentra acreditados las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que dieron

²⁷ Fl. 375 del C. Ppal.

²⁸ El párrafo del artículo 164 de la ley 446 de 1998 establece: “Mientras entran a operar los Juzgados Administrativos continuarán aplicándose las normas de competencia vigentes a la sanción de la presente ley”. Debe tenerse en cuenta que la cuantía es uno de los factores o normas de competencia.

²⁹ En este sentido puede verse la sentencia de 18 de febrero de 2010, Exp.18143.

lugar a la demanda, y en caso cierto, si conforme a tal prueba los daños sufridos por la menor son atribuibles a las entidades demandadas.

A efecto de resolver lo pertinente, en primer lugar se examinarán los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado; luego se revisará el régimen jurídico de la seguridad de los estudiantes dentro de los planteles educativos; posteriormente, para precisar la imputabilidad o inimputabilidad del daño al Ministerio de Educación se revisará el régimen legal que regula la prestación del servicio de Educación en Colombia; a continuación se determinará lo que se encuentra probado en el expediente; y finalmente se realizará el análisis del caso concreto.

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

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “*constitucionalización*”³⁰ de la responsabilidad del Estado³¹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados³² y de su patrimonio³³, sin distinguir su condición, situación e interés³⁴. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “*acción*

³⁰ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. MP Rodrigo Escobar Gil.

³¹ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 1996. MP Alejandro Martínez Caballero. Postura que fue seguida posteriormente, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001. MP Rodrigo Escobar Gil.

³² Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “*son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”. ALEXY, Robert. “*Teoría del discurso y derechos constitucionales*”, en VÁSQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, pág. 49.

³³ “*La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*”. Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2001. MP Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ La “*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal*”. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de enero de 2006. Exp: AG 2001-0213. CP Ruth Stella Correa Palacio. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. “*Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée*”. Paris, 1947.

administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos³⁵. Así también lo sostiene otro sector de la doctrina:

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad³⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”³⁷.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado³⁸ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁹ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo⁴⁰.

³⁵ RIVERO, Jean. *“Derecho administrativo”*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pág. 293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. *“Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”*, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. *“Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”*, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

³⁶ *“La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”*. MIR PUIGPELAT, Oriol. *“La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema”*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, pág. 120.

³⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *“La responsabilidad patrimonial...”* Op. cit. págs. 120 y 121.

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

³⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política *“los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”*. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 21 de octubre de 1999. Exps: 10948-11643. CP Alíer E. Hernández Enríquez. Es, pues *“menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”*. Sentencia del 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: *“En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”*. Corte Constitucional, Sentencias C-619 de 2002. MP Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil; C-918 de 2002. MP Eduardo Montealegre Lynett.

⁴⁰ *“Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se*

En cuanto a la imputación, se exige analizar dos esferas: la fáctica y la jurídica; en ésta última se determina la atribución conforme a un deber jurídico, que opera de acuerdo con los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla en la prestación del servicio, daño especial y riesgo excepcional. Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, a este respecto en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene:

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁴¹.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁴², según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe cargarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las *“estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”*⁴⁴.

pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. “Teoría general del derecho administrativo”. México, Edinal, 1975. Págs. 212 y 213.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-043 de 2004. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴² En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: *“Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. “La metafísica de las costumbres”. Madrid, Alianza, 1989. Pág. 35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.*

⁴³ El *“otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”*. Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2003. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁴ *“Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde*

En este orden de ideas, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*⁴⁵. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la *“atribución”*, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de *“cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”*⁴⁶.

Esto, sin duda, es un aporte, que se encuentra descrito por Larenz cuando afirma la necesidad de *“excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”*⁴⁷. Con lo anterior, se logra superar definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁴⁸. Es más, se sostiene doctrinalmente *“que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad*

luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. *“Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], págs. 6 y 7.

⁴⁵ *“El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”*. GIMBERNAT ORDEIG, E. *“Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad”*. Madrid, 1990. Págs. 77 y ss.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *“Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”*. Op., cit., pág. 7.

⁴⁷ LARENZ, K. *“Hegelszurechnungslehre”*, en MIR PUIG, Santiago. *“Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”*, op., cit. Pág. 7.

⁴⁸ JAKOBS, G. *“La imputación objetiva en el derecho penal”*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: *“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”*. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp: 14.170. CP Ramiro Saavedra Becerra.

*(incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños*⁴⁹.

Esta tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación -desde la perspectiva de la imputación objetiva- a la posición de garante de la administración, donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁵⁰ es necesario para considerar si había lugar a la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico y así motivar el juicio de imputación.

“... hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del Estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

*Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos*⁵¹⁵².

16. *En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue*

⁴⁹ MIR PUIGPELAT, Oriol. “La responsabilidad patrimonial...” Op. cit. Pág. 171.

⁵⁰ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VÁSQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., pág. 62.

⁵¹ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2. Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001. MP Eduardo Montealegre Lynett.

*realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante*⁵³.

Dicha formulación no supone, y en esto es enfática la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵⁴, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a *“una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse... que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales*⁵⁵.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que una vez demostrado el daño antijurídico, se analice la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. La atribución jurídica debe hacerse en un solo título de imputación; en primer lugar, debe examinarse en cada caso si el elemento fáctico constituye una falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos⁵⁶, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

En segundo lugar, si no es posible atribuir la responsabilidad al Estado por la falla en el servicio, debe examinarse a continuación si los elementos fácticos del caso concreto permiten la imputación objetiva, a título de daño especial o riesgo excepcional.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación,

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. MP Eduardo Montealegre Lynett.

⁵⁴ *“La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”*. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. *“Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo”*. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁵⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. *“La responsabilidad patrimonial...”*. Op. cit. Pág. 204.

⁵⁶ Merkl ya lo señaló: *“El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sine qua non, sino conditio per quam de la administración”*. MERKL, Adolfo. *“Teoría general del derecho administrativo”*. México, Edinal, 1975. Pág. 211.

sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

3. La prestación del servicio público de educación y su alcance frente a la seguridad de los estudiantes dentro de los planteles educativos - la responsabilidad del Estado por el deber de vigilancia y custodia de los educandos.

La Constitución Política consagra los medios de protección a los niños y a los jóvenes⁵⁷ y a su vez el derecho que tienen al servicio de educación. En relación con el primero - derechos de los niños -, el artículo 44 de la Constitución Política establece:

“ARTÍCULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no se separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Así, el artículo 44 constitucional recogió los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁸, adoptada por la Asamblea General de las Naciones

⁵⁷ En cuanto a la protección de los jóvenes, el artículo 45 constitucional señala: “ARTÍCULO 45. El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

⁵⁸ *Ha dicho la Corte Constitucional frente a la edad de la niñez que al tenor del bloque de constitucionalidad se considera niño a todo ser humano que no haya accedido a la mayoría de edad, con los privilegios y facultades que otorga el artículo 44 superior., así, en sentencia de constitucionalidad de 3 de diciembre de 2002, “En este orden de ideas, dado que se trata de un saber jurídico que admite conceptos diversos y teniendo en cuenta la falta de claridad respecto de las edades límites para diferenciar cada una de las expresiones (niño, adolescente, menor, etc.), la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser*

Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso de la República a través de la Ley 12 de 1991. Se reconocen por tanto, entre otros derechos, el de la vida, la libertad de pensamiento, expresión y asociación, la protección frente a abusos y la educación.

Uno de los principios que establece la mencionada Convención -recogido en el artículo 44 constitucional- establece que un niño puede estar debidamente alimentado, pero sin educación, sin acceso a la cultura o abusado, está desprotegido, pues los derechos que le son propios conforman todo un conjunto que debe estar integrado. Se destaca igualmente que las necesidades de los niños evolucionan con la edad, por lo cual se debe equilibrar los deberes de los padres con tales necesidades.

Frente a la protección de los niños y niñas por parte del ordenamiento jurídico e institucional, es claro para la Sala que ella se justifica en cuanto se trata de sujetos de especial protección. Al respecto la Corte Constitucional, sostuvo:

“Ese particular reconocimiento y protección se justifica en cuanto se trata de una población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación y como tal se hace merecedora de una atención especial. Las razones de esa protección, según ha manifestado la Corte, son: “i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y, iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos”⁵⁹

Ahora bien, el artículo 67 constitucional consagra el derecho al servicio público educativo, así:

“ARTÍCULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura.

humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

“Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos: “El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años”.

“Con base en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)” En consecuencia, la protección constitucional estatuida en el artículo 44 C.P. en favor de los “niños” ha de entenderse referida a todo menor de dieciocho años”.

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad 172 de 2 de marzo de 2004.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”.

El servicio público de educación es un derecho fundamental, inherente, inalienable y esencial de la persona humana, reconocido expresamente en el artículo 44 de la Carta al consagrar los derechos fundamentales de los niños garantizando, entre otros, el de educación y cultura.

El derecho a la educación es por tanto un servicio público mediante el cual se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás valores de la cultura y comprende el conjunto de normas jurídicas, programas curriculares, educación por niveles y grados, los establecimientos educativos, entre otros. Y precisamente, debido al carácter de servicio público es obligación del Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para el acceso y permanencia en el sistema y, junto con éste, a la sociedad y a la familia también les corresponde velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos.

La Ley 115 del 8 de febrero de 1994, por la cual se expidió la Ley General de Educación, la definió en el artículo 1° como un proceso de formación permanente, personal, cultural y social, fundamentado en una concepción integral de la persona humana, su dignidad, así como sus derechos y deberes⁶⁰.

La Corte Constitucional ha explicado que la educación ofrece un doble aspecto: de una parte constituye un derecho-deber, en cuanto, no solamente otorga prerrogativas a favor del individuo; y, de otra, comporta exigencias de cuyo cumplimiento depende en

⁶⁰ Consejo de Estado, sentencia de 29 de agosto de 2012, Exp. 27.779.

buena parte, la subsistencia del derecho, pues quien no se somete a las condiciones para su ejercicio, queda sujeto a las consecuencias propias de tales conductas.

En relación con la función social que presta el mencionado servicio, la Corte ha expresado que éste no comprende sólo la transmisión de conocimientos o la instrucción del estudiante en determinadas áreas, sino que encierra, ante todo, la formación moral, intelectual y física de la persona. Destaca además que la labor educativa que desempeña la familia, los planteles educativos y el Estado, no se agota sólo con relación al individuo que la recibe, sino que comprende, también, una función social en cuanto a sus resultados -positivos o negativos- que repercuten necesariamente en la sociedad cuando el estudiante entra en relación con ella. Resalta, igualmente, que de los principios y valores que profesa y practica el alumno, los cuales no adquiere por generación espontánea, sino que deben ser inculcados desde la más tierna infancia hasta el último grado de la formación profesional, depende, en el futuro, el comportamiento del individuo en el medio social.

La Corte Constitucional también ha señalado que nada bueno puede esperarse de un conglomerado cuyos integrantes, por el descuido de sus mayores, carecen de una mínima estructura moral o de los principios básicos que hagan posible la convivencia pacífica, el mutuo respeto, el acatamiento del orden jurídico y el sano desarrollo de las múltiples relaciones interindividuales y colectivas; que el hombre debe estar preparado para vivir en armonía con sus congéneres, para someterse a la disciplina que toda comunidad supone, para asumir sus propias responsabilidades y para ejercer la libertad dentro de las normas que estructuran el orden social y que la vinculación formal de la persona a un plantel educativo resulta ser inútil, si no está referida al contenido mismo de una formación integral que tome al individuo en las distintas dimensiones del ser humano y que se imparta con la mira puesta en la posterior inserción de aquel en el seno de la sociedad.

Ahora bien, verificada la naturaleza del derecho a la educación, es oportuno examinar el deber de custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostentan respecto de los alumnos, ha dicho la Sala⁶¹:

“El artículo 2347 del Código Civil, establece que “toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

Así los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios, del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.”

La custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no sólo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 7 de septiembre de 2004. Expediente 14.869. M.P.: Nora Cecilia Gómez Molina. Además, pueden verse entre otras, expedientes 18952, 14869, 14144, 16620 y 17732.

educativas o de recreación promovidas por éste, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.

El deber de cuidado surge de la relación de subordinación existente entre el docente y el alumno, pues el primero, debido a la posición dominante que ostenta en razón de su autoridad, tiene no sólo el compromiso sino la responsabilidad de impedir que el segundo actúe de una forma imprudente.

Sobre este tema, la doctrina ha dicho:

“Para encontrarse en condiciones de reprochar una falta de vigilancia al demandado, la víctima debe probar que aquél soportaba esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño... La obligación de vigilancia se extiende incluso a las horas consagradas al recreo y a los paseos; comienza desde que el alumno queda autorizado para entrar en los locales destinados a la enseñanza y cesa desde el instante en que sale de ellos, a menos que el profesor se encargue de la vigilancia de los alumnos durante el trayecto entre el colegio y la casa; subsiste también aunque no sea ejercida efectivamente, si el profesor se ausenta sin motivo legítimo”⁶².

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

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

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

Así lo establece el inciso final del artículo 2347 del Código Civil: “Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

⁶² MAZEAUD TUNC. *Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1977, primer tomo, volumen II, pág. 545.

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

No obstante, sin consideración a la edad de los alumnos, las entidades educativas responderán por los daños que se generen como consecuencia de los riesgos que ellas mismas creen en el ejercicio de las actividades académicas, sin que le sea exigible a los alumnos y padres asumir una actitud prevenida frente a esas eventualidades, en razón de la confianza que debe animar las relaciones entre educandos, directores y docentes. Así por ejemplo, los establecimientos educativos y los docentes responderán por los daños que se cause en ejercicio de una práctica de laboratorio, cuando el profesor encargado de la clase confunda sustancias químicas y ocasione una explosión en la que muere o resulta lesionado el alumno que las manipulaba. En este caso, es evidente la responsabilidad de la institución educativa y del docente, pues es éste quien posee la instrucción académica necesaria para hacer seguras dichas prácticas, sin que sea exigible a los alumnos y padres cerciorarse previamente de la corrección de tales prácticas.

En oportunidades anteriores, la Sala ha deducido la responsabilidad de los centros educativos por la falta de vigilancia sobre los alumnos, aún en la realización de actividades recreativas, cuando no se extreman las medidas de seguridad para evitar el peligro que éstos puedan sufrir. No obstante, en esas decisiones se ha reconocido que, inclusive en relación con alumnos menores de edad hay lugar a analizar si su conducta contribuyó igualmente a la realización del daño, para disminuir el valor de la indemnización". (Resaltado por fuera de texto)⁶³.

Bajo los anteriores parámetros se analizará el caso concreto, a efectos de determinar si se configura el hecho de la víctima; y en un momento sucesivo, a cuál o cuales de las entidades demandadas le es imputable el daño antijurídico.

4. Régimen legal y desarrollo de la prestación del servicio de educación en Colombia.

⁶³ Véase entre otras, sentencias del Consejo de Estado, Exp. 20.144 de 19 de agosto de 2011 y Exp. 20.201 de 15 de febrero de 2012.

La Ley 43 de 1975⁶⁴, que nacionalizó el gasto de la educación oficial primaria y media territorial, expedida con el objeto de brindar una mayor cobertura a la demanda escolar, dispuso que éste sería un servicio público patrimonialmente a cargo de la Nación y, en consecuencia, los docentes vinculados a las entidades territoriales pasaron a ser docentes “nacionalizados” cuyas obligaciones salariales y prestacionales quedaron a cargo de la Nación en la forma prevista en la ley, pagaderas por intermedio de los FER.

Ese modelo significó para el Ministerio de Educación el tener que ocuparse de un sinnúmero de tareas administrativas, viendo limitada su función primordial que no era otra que la dirección del servicio⁶⁵, razón por la cual, a través de la Ley 29 de 1989, que modificó la Ley 24 de 1988, que reestructuró el Ministerio de Educación y que a su vez fue reglamentada por el Decreto 1706 del 1º de agosto de 1989, se asignó a los Municipios, o ante su falta de condiciones para hacerlo, a los Departamentos, las funciones de administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales y nacionalizados y de las plazas oficiales de colegios, con la advertencia de que la Nación no asumiría responsabilidad alguna en relación con los nombramientos que excedieran las plantas de personas aprobadas por el Gobierno para la respectiva jurisdicción, ni nacionalizaría al personal así designado, el cual quedaría a cargo de la entidad que hiciera dichos nombramientos.

El Consejo de Estado⁶⁶ ha precisado, que lo que operó en virtud de la Ley 29 de 1989 fue una desconcentración administrativa territorial, en tanto las funciones de nombrar, remover, trasladar, controlar y en general administrar el personal docente otorgadas a las autoridades territoriales, no se efectuaría con plena autonomía administrativa y financiera, sino en calidad de administradores del FER, organismo éste supervisado por un delegado del Ministerio de Educación Nacional. En sentencia del 15 de mayo de 1995, se explicó:

“Desconcentración administrativa significa el otorgamiento de poderes decisorios, de competencia para manejar un servicio nacional, a funcionarios que en la respectiva entidad territorial tienen el carácter de agentes del gobierno central o que al respecto obran en tal calidad, lo que implica falta de autonomía regional en la administración del servicio. Este sigue siendo nacional y en ningún caso la dirección de él, a nivel regional, por funcionario de un departamento, por ejemplo, para mencionar el caso colombiano, le quita ese carácter, pues ellos actúan como agentes del poder central, o sea en relación de dependencia. Hay inmediatez entre la facultad decisoria, en lo que atañe a los intereses regionales y locales vinculados al servicio, y la comunidad o colectividad en cuyo beneficio fue establecido; pero la suprema dirección, la dirección nacional del mismo, reside en el poder central”⁶⁷

⁶⁴ Artículo 1: “La educación primaria y secundaria oficial será un servicio público a cargo de la Nación. En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el distrito especial de Bogotá y los municipios, serán por cuenta de la Nación, en los términos de la presente ley. Parágrafo. El nombramiento del personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función”.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Exp: 18.279.

⁶⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 24 de agosto de 1994. Exp: 8183.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 14 de mayo de 1995. Exp: 10.724.

Posteriormente, se expidieron una serie de normas que fueron entregando a las entidades territoriales la titularidad y administración del servicio de educación. Así, por ejemplo, mediante el Decreto 077 de 1987, llamado también Estatuto de la Descentralización, se dejó a cargo de las entidades territoriales la construcción, dotación y mantenimiento de los planteles de educación básica y media vocacional y de las instalaciones deportivas y recreativas.

Al respecto, se pronunció la Sección Tercera, con fundamento en la doctrina, así:

“Doctrinariamente se ha considerado que entre los años 1975 y 1991, el servicio de educación se reguló por un proceso intermedio entre la desconcentración, que implica una delegación de funciones operativas a entidades regionales o locales, pero manteniendo concentrado el poder para la toma de decisiones y la descentralización, que implica un traslado de funciones para que sean ejercidas con autonomía administrativa y de gestión. Esto porque si bien la dirección del servicio y el manejo de los recursos para atenderlo radicaban en el nivel central, la participación de las entidades territoriales excedía la mera gestación por cuenta de la Nación, para convertirse en muchos casos en los verdaderos administradores del servicio, con una capacidad de dirección y control a nivel interno del mismo. Lo que se advertía más bien era una separación entre la administración del servicio educativo y de los planteles, y la financiación del sistema y de los docentes vinculados a la Nación”⁶⁸.

El artículo 356 de la Constitución Política de 1991, en su versión original, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, determinó que “ *Salvo lo dispuesto en la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. Determinará así mismo, el situado fiscal, esto es, el porcentaje de los ingresos corrientes de la Nación que será cedido a los Departamentos, el distrito capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se le asignen. Los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños*”.

Este mandato constitucional solo vino a ser cumplido en materia de educación mediante la Ley 60 de 1993⁶⁹, no aplicable al caso por haber sido expedida con posterioridad a la ocurrencia de los hechos. Esta normatividad distribuyó efectivamente las competencias educativas entre la Nación y las entidades territoriales, de acuerdo con lo previsto en los artículos 356 y 357 de la Constitución, de manera que a los Departamentos se les atribuyó la dirección y administración directa y conjuntamente con los Municipios de los servicios de educación y los docentes dejaron de ser nacionales y nacionalizados, para denominarse del orden nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 11 de mayo de 2011. Exp: 18.279.

⁶⁹ Publicada en el Diario Oficial 40.987 del 12 de agosto de 1993.

De acuerdo con dicha ley, para el otorgamiento de la autonomía en materia de educación a los entes territoriales, se requería que estos acreditaran el cumplimiento de una serie de requisitos y al Ministerio de Educación le correspondía certificar su cumplimiento. Una vez realizada la certificación, era necesario suscribir el acta de entrega de los bienes, el personal y los establecimientos que les permitieran cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas en virtud de la certificación otorgada.

Con fundamento en la regulación prevista en la Ley 60 de 1993, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre la legitimación de la Nación o de las entidades territoriales, para responder por los daños que han sufrido los estudiantes de centros educativos nacionalizados y ha concluido que dicha legitimación está sujeta a la acreditación del cumplimiento de la entrega del servicio a los Departamentos o a los Municipios⁷⁰.

Cabe destacar el pronunciamiento de la Sección Tercera en sentencia del 18 de febrero de 2010⁷¹ en la cual se resaltó lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 60 de 1993, acerca de los requisitos que debían cumplir y acreditar las entidades territoriales ante el Ministerio de Educación para obtener la certificación que les permitiera asumir la administración de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio educativo, para lo cual les impuso la exigencia de suscribir un acta de entrega de los bienes, el personal y los establecimientos que les permitiría cumplir con las obligaciones y deberes contraídos.

Se concluyó que el régimen legal de educación estableció a cargo de los Departamentos en materia de educación, funciones que implican no sólo su labor de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal y su participación en la financiación de dicho servicio, sino que determinan la dirección conjunta con los Municipios, de la prestación del servicio estatal de educación en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media, así como la inversión en materia de infraestructura y dotación⁷².

Y se resaltó, igualmente, en dicha providencia que el legislador estableció de manera expresa que cuando la prestación de los servicios educativos estatales se hiciera con

⁷⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 22 de abril de 2009. Exp: 16.620: *“En conclusión muestra el acervo probatorio que el accidente sufrido el 31 de mayo de 1994 por la menor Nada Eliceth Ávila Roa en la calle 26 de la ciudad de Bogotá es imputable al Ministerio de Educación, dado que bajo su control estaba el colegio Instituto Nacionalizado San Luis de Garagoa, como quiera que solo en el año de 1995, el Ministerio le entregó al Departamento de Boyacá “el manejo autónomo de los recursos del situado fiscal y la prestación del servicio público educativo en dicha entidad territorial”. Es decir, que no es posible imputar responsabilidad al Departamento de Boyacá por la muerte de la menor Nalda Eliceth Ávila Roa, puesto que tal daño se causó cuando el colegio al que la menor pertenecía era de orden nacional y no departamental y por lo tanto, el Departamento no es el ente llamado a responder por los daños a que se refiere la demanda”*. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de agosto de 2010. Exp: 18.627: *“mediante comunicación de 2 de junio de 1999 dirigida al Tribunal Administrativo de Casanare, el Ministerio de Educación Nacional sostuvo que la educación fue entregada al Departamento de Casanare, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993...Lo anterior permite afirmar que para la época de los hechos, el Colegio Luis María Jiménez de San José del Bubuy del Municipio de Aguauzul estaba a cargo del Departamento de Casanare”*.

⁷¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Exp: 17.732.

⁷² Véase en este sentido sentencia del Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección C, de fecha 19 de octubre de 2011, Exp. 20.131.

cargo a los recursos del situado fiscal, debía efectuarse por los Departamentos, y que en tal caso “(...) los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio (...)”.

En el caso concreto no existe ninguna prueba de que el Ministerio de Educación haya entregado la administración del centro educativo en el que ocurrieron los hechos; sí está demostrado que el centro docente “Instituto Fe y Alegría- Zapamanga”, se encontraba adscrito al municipio de Floridablanca, así lo certificó el Jefe de la unidad de Planeación Educativa de la Secretaría de Educación Departamental, del Departamento de Santander, documento donde se lee:

“El Instituto Eduardo Fe y Aelgría de Floridablanca se halla inscrito en esta Oficina así”:

MUNICIPIO: FLORIDABLANCA

SECTOR: OFICIAL”⁷³

Significa lo anterior que en la fecha en que ocurrieron los hechos en los que resultó lesionada la menor SL, 5 de octubre de 1998, estaba vigente la ley 60 de 1993 y por tanto se encontraba descentralizado el servicio público de la Educación. En consecuencia no está legitimado por pasiva el Ministerio de Educación en el presente asunto, y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora bien, en cuanto concierne las dos entidades territoriales, esto es, el Departamento de Santander y el Municipio de Floridablanca. Se observa en los documentos reseñados en el acápite de pruebas, que la institución educativa se encontraba adscrita al Municipio de Florida Blanca, por lo tanto es esta entidad territorial la legitimada por pasiva para atender las eventuales condenas en caso de que se declare la responsabilidad.

En cuanto concierne al Colegio “Instituto Fe y Alegría”, que pese a que fue demandando, y su existencia como institución de Educación pública se encuentra probada; no se ha acreditado que el mismo tenga autonomía administrativa y presupuestal, ni personería jurídica que permita a la Sala atribuirle responsabilidad y condenarle a indemnización de perjuicios, en caso de que a ello haya lugar. Si tal responsabilidad se reconociera en este fallo, la condena será impuesta entonces al Municipio de Floridablanca- Santander.

Al respecto, la legislación civil, contentiva del régimen de obligaciones acogido por el ordenamiento jurídico colombiano, estatuyó una larga clasificación de las mismas, dentro de la cual contempló las obligaciones solidarias o *in solidum*, que permiten al acreedor exigir el total de la deuda a cualquiera de los deudores, por virtud de una convención, un testamento o de la ley.

⁷³ Fl.7 del C.1

En el caso de autos, en virtud de la ley, específicamente del artículo 2344 del Código Civil, aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, la obligación es solidaria en tanto la mencionada norma estableció que en los eventos en que el daño es causado por dos o más personas, éstos son responsables solidariamente ante el deudor.

“Artículo 2344. Responsabilidad Solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350⁷⁴ y 2355⁷⁵”.

De modo pues, que excepto en los eventos en que el daño tiene ocurrencia como consecuencia de una edificación en ruina o cosas que caen o son arrojadas de lo alto, cuando la culpa, en nuestra materia “la falla”, ha sido cometida por dos personas, verbigracia, por la administración departamental y la municipal, estas son solidariamente responsables ante el acreedor, por lo cual no puede el juez, bajo esta cuerda procesal, proceder a dividir la obligación que la ley ha establecido *in solidum*, corolario de lo cual, en el evento de resultar probada la falla en la prestación del servicio de educación, está obligado a condenar solidariamente al Departamento de Santander y al Municipio de Floridablanca- por cuanto ambas están llamadas a velar por la seguridad de los menores que asisten a recibir educación primaria en las instalaciones del colegio Instituto Fe y Alegría – Zapamanga.

5. Lo probado en el expediente.

Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra acreditados los siguientes hechos:

- a. Gabino Remolina Méndez y Teresa de Jesús Jaramillo Aguilar demostraron su condición de padres de la menor SL, con la copia auténtica del registro civil de nacimiento de esta menor⁷⁶
- b. Certificación suscrita por el médico General Luis A. Flórez Berbesi el 6 de octubre de 1999⁷⁷.
- c. Constancia suscrita por el médico ginecobstetra Carlos F. Amaya Mantilla⁷⁸.

⁷⁴ ARTICULO 2350. RESPONSABILIDAD POR EDIFICIO EN RUINA. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto.

Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.

⁷⁵ ARTICULO 2355. RESPONSABILIDAD POR COSA QUE CAE O SE ARROJA DEL EDIFICIO. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola.

⁷⁶ Fl.2 del C.1

⁷⁷ Fl. 5 del C.1

- d. Certificación suscrita por el médico Ginecobstetra Javiera Noriega Rangel, el 12 de mayo de 1999⁷⁹.
- e. Constancia expedida por el jefe de la unidad de planeación educativa de la Secretaría de Educación Departamental, en el que se certificó que el Colegio al que concurría la menor lesionada estaba adscrito al municipio de Floridablanca⁸⁰.
- f. Certificación expedida por la Psicóloga María Margarita Gómez, Registro No. 3948, el 10 de noviembre de 1998, en la que se manifiesta que la niña SL recibió tratamiento psicológico para atender las secuelas que le dejó la agresión de la que fue víctima.⁸¹
- g. Evaluación Psicodiagnostica suscrita por la misma Psicóloga mencionada en el párrafo anterior⁸²:
- h. Carnet de aseguración de la Previsora S.A, correspondiente al seguro de accidentes del sector educativo, en el que aparece como tomador el Instituto Fe y Alegría, y asegurado SL, bajo la póliza 0091702, seguro que tuvo vigencia entre el 1/2/98 al 31/1/99⁸³.
- i. Factura de Venta No. 0265, suscrita por el médico Francisco Amaya Mantilla, el 6 de octubre de 1998, en la que se hace constar que a este médico el fue cancelada la suma de \$40.000. por concepto de consulta médica especializada de la niñaSL⁸⁴.
- j. Factura de Venta No. 5032, en la que consta que al médico Luis A. Flórez Berbesí, se le canceló el 6 de octubre de 1998, la suma de \$9.000 por concepto de consulta de SL⁸⁵.
- k. Factura de Venta No.0342 expedida por el médico Javier Noriega Rangel, en el que consta que la señora Teresa de Jesús Jaramillo Aguillar, le pagó a este profesional de la salud la suma Cuarenta mil pesos el día 12 de mayo de 1999, por concepto de consulta y valoración ginecológica de la niña SL⁸⁶.
- l. Cuenta de Cobro suscrita por la Psicóloga María Margarita Gómez, en la que consta que el señor Gabino Remolina Méndez le adeuda la suma de \$621.000 por concepto de 27 sesiones de psicología de su hija SL⁸⁷.
- m. Reposan en el expediente los testimonios rendidos por BENITO ROJAS VERA⁸⁸, MERCEDES MORANTES MARIÑO⁸⁹, LUZ ALBA CUJAR RIVERA⁹⁰,

⁷⁸ Fl. 4 del C.1

⁷⁹ Fl.6 del C.1

⁸⁰ Fl.7 del C.1

⁸¹ fl.14 del C.1

⁸² Fls. 8-9 del C.1

⁸³ Fl. 10 del C.1

⁸⁴ Fl.11 del C.1

⁸⁵ FL.12 del C.1.

⁸⁶ Fl. 13 del C.1

⁸⁷ Fl. 16 del C.1

⁸⁸ Fls. 107-111 del C.1

⁸⁹ Fls. 112-117 del C.1

HERMENCIA MARTINEZ SILVA⁹¹, VIVIANA VILLAMIZAR CHAPETA⁹², GABRIELA DIAZ SIERRA⁹³, GRACIELA GIL DE CASTELLANOS⁹⁴, ILDA RODRIGUEZ ROA⁹⁵, LIGIA STELLA CRUZ MEJIA⁹⁶, hermana ANGELA MARÍA ZULUAGA OSPINA⁹⁷, NAYED LICED RODRÍGUEZ ALARCÓN⁹⁸, y de JAIME MANTILLA⁹⁹.

- n. Obra también el interrogatorio de parte que absolvió la demandante TERESA DE JESÚS JARAMILLO AGUILAR¹⁰⁰, 195-200.
- o. Reposan en el expediente dictámenes 10464-98 y 10802-98 rendidos por el Instituto Colombiano de Medicina Legal, Regional Nor-Oriente Bucaramanga¹⁰¹.
- p. Se aportaron Copias de las actuaciones realizadas por la Defensoría de Familia, en el proceso administrativo de protección que allí se adelantó con los menores JHON GERLY CEDIEL Y DIANA KATHERINE BELTRAN, por los hechos en que resultó lesionada la menor SL y que dieron lugar a este proceso de reparación directa¹⁰².

Dentro de los documentos remitidos, que forman parte de tal proceso, obran dos informes psicológicos para cada uno de estos niños esto es, del menor JHON GERLY CEDIEL¹⁰³ y de la menor Diana Katherine Beltran¹⁰⁴.

6. Análisis del caso concreto

En el caso de autos, luego de examinar los medios probatorios reseñados en el acápite anterior, la Sala encuentra acreditado que la menor SL el día 5 de octubre fue lesionada en sus genitales. Así lo acreditan las siguientes certificaciones médicas:

Certificación suscrita por el médico General Luis A. Flórez Berbesí el 6 de octubre de 1999. Documento en el que se lee:

⁹⁰ Fls. 118- 126 del C.1

⁹¹ Fls. 127- 134 del C.1

⁹² Fls. 136-141 del C.1

⁹³ Fls. 143-147 del C.1

⁹⁴ Fls. 150-162 del C.1

⁹⁵ Fls. 163-168 del C.1

⁹⁶ Fls. 169-174 del C.1

⁹⁷ Fls. 176-190 del C.1

⁹⁸ Fls. 191-194 del C.1

⁹⁹ Fls. 205-208 del C.1

¹⁰⁰ Fls. 195-200 del C.1

¹⁰¹ Fls.210 y 211 del C.1

¹⁰² Fls.218-248 del C.1

¹⁰³ Fl. 229 del C.1

¹⁰⁴ Fl.242 del C.1

“CERTIFICO QUE EN OCTUBRE 6/99 ATENDI(sic) A LA NIÑA SL QUIEN CONSULTO POR TRAUMA EN GENITALES, ENCONTRADNO(sic) ERITEMA, EQUIMOSIS HUELLAS DE SANGRADO EN HORQUILLA POSTERIOR. ANTE LA POSIBILIDAD DE ABUSO SEXUAL SUGERI VARLORACIÓN(sic) POR GINECOLOGO”¹⁰⁵

Constancia suscrita por el médico ginecobotetra Carlos F. Amaya Mantilla, en la que este galeno consignó:

“El suscrito médico hace constar que en el día de ayer(X-6-98) H. 19:10 consultó y examinó a la niña SL por solicitud de su señora madre quien la acompañaba. Del examen físico encuentro (ilegible) de laceraciones a nivel de (ilegible)de ambos muslos y región peri anal; además a nivel de vulva hay edema ilegible y ruptura de membrana himeal anterior con laceración y sangrado en mucosa vaginal pos himenal- Todo hace pensar en una violación a la fuerza(penetración forzada) Reciente”¹⁰⁶

Certificación suscrita por el médico Ginecobotetra Javiera Noriega Rangel, el 12 de mayo de 1999, documento en el que se hizo constar que:

“El día 12 DE MAYO de 1999 VALORE A LA PACIENTE: SL, de siete (7) años de edad, ENCONTRANDOSE EN EL EXAMEN GINECOLOGICO UN DESGARRO DEL HIMEN HACIA LAS 9 (NUEVE) EN SENTIDO HORARIO. DICHO DESGARRO ES DE CARÁCTER ANTIGUO, POR LO CUAL SE PRESUME LA POSIBILIDAD DE QUE HUBIERA OCURRIDO UNOS MESES ATRÁS DESFLORACIÓN”¹⁰⁷.

En el mismo sentido reposan dos experticias realizadas por el Instituto Colombiano de Medicina Legal.En la primera de éstas se lee:

“EXAMEN SEXOLOGICO: ANO NORMOTONICO HIMEN SEMILUNAR INTEGRO, NO SE APRECIAN HUELLA DE CONTAMINACION VENEREA Y NO AMERITA TOMAR MUESTRAS PARA LABORATORIO. SE APRECIA ERITEMA Y EDEMA DE MEATO URINARIO COMPATIBLE CON TRAUMA EN EL EXTREMO DISTAL DE URETRA CON OBJETO CONTUNDENTE Y AMERITA UNA INCAPACIDAD DE MEDICO LEGAL DEFINITIVA DE 6 DÍAS, SIN SECUELAS FÍSICAS. SE REMITE A PSICOLOGÍA”.

En el segundo de estos dictámenes se consignó:

“RECONOCIDA NUEVAMENTE EN EL IML POR GINECOLOGIA FORENSE CON EL FIN DE DAR RESPUESTA AL OFICIO ANTES CITADO Y ACLARAR LAS DIFERENCIAS QUE SE ENCUENTRAN CON EL EXAMEN PRACTICADO

¹⁰⁵ Fl. 5 del C.1

¹⁰⁶ Fl. 4 del C.1

¹⁰⁷ Fl.6 del C.1

POR EL DR. CARLOS F. AMAYA QUE DICE:AL EXAMEN FISICO ENCUENTRO A NIVEL DE LA VULVA HAY ERITEMA Y RUPTURA DE MEMBRANA HIMENEAL ANTERIOR CON LACERACIÓN Y SANGRADO POSTHIMEN, TODO HACE PENSAR EN UNA VIOLACIÓN A LA FUERZA(PENETRACION FORZADA).

SE EXAMINÓ NUEVAMENTE A LA NIÑA EL PASADO VIERNES CON LOS SIGUIENTES HALLAZGOS

1. CONTINUA EDEMATIZADA EN ZONA DISTAL DEL MEATO URINARIO CON MEJORA NOTORIA RESPECTO DEL PRIMER DICTAMEN.
2. SE RATIFICA LO ANOTADO EN EL DICTAMEN ANTERIOR. 3. RESPECTO AL HIMEN SEMILUNAR ES UNA VARIEDAD DE HIMEN EN FORMA DE SEMILUNA QUE CARECE DE MEMBRANA A NIVEL ANTERIOR, LO QUE PERMITE EN MUCHOS CASOS CONFUSIÓN PARA OTROS EXAMINADORES, PERO PARA EL CASO PRESENTE, EL HIMEN ESTÁ INTEGRO, ES DECIR LA NIÑA NO ESTÁ DESFLORADA. CONCLUSIONES:
 1. HIMEN SEMILUNAR INTEGRO
 2. TRAUMA CON OBJETO CONTUNDENTE A NIVEL DE VULVA Y MEATO URINARIO”

De otra parte, existen medios probatorios suficientes para tener por probado que el hecho ocurrió dentro de las instalaciones de del Colegio Instituto Fe y Alegría – Zapamanga, pese a que no existe una prueba directa del sitio específico, dado la escasa edad de quien sufrió la agresión y de quienes la ejecutaron, y de la ausencia de testigos hábiles para dar cuenta, toda vez que este tipo de agresiones no ocurren frente a terceros, y por lo tanto no es racional pretender, como lo sugiere el Tribunal, que los testigos conocieran de manera directa la circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

En efecto, existen medios probatorios que dan cuenta de manera concordante que la niña refirió que la agresión la recibió mientras estaba en los columpios. Así lo advierte la testigo LUZ ALBA CUJAR, quien manifiesta que interrogó a la niña en su casa y respecto de lo que la menor le contó, dijo:

“Yo voy en la noche y la sorpresa cuando me cuenta ella todo lo que había sucedido con la niña; ellos se dan cuenta por la ropa de la niña que la muchacha al otro día saca la ropa sucia y es cuando ve la sudadera y toda la ropita de la niña manchada de sangre y entonces Teresa se va al Colegio a averiguar; Teresa me comentó que la niña no quería ir al colegio en la mañana y Teresa la obliga a ir, va al colegio y cuando llega se da cuenta de todo por que la muchacha le muestra toda la ropa y las prendas manchadas. Me comenta que el médico examinó a la niña y le dice que fue violada, Teresa en ese momento estaba como loca, atribulada, yo hablo con la niña, me voy al cuarto y le pregunto a la niña que sucedió, y la niña me manifiesta que estaban en la parte de atrás del colegio, en los columpios, que Carlos se llamaba el niño y otra niña de la cual no recuerdo el nombre, le tapa la boca, y ella dice que el niño le metió un palo por la vagina, la niña le tapaba la boca y que ella gritaba pero nadie la escuchaba, la niña no dice el lapso de tiempo por que la niña estaba pequeñita.

Cuando sucede esto y la sueltan le dicen que no diga nada o la van a matar y entonces es cuando ella sale corriendo y se escapa del colegio y en esas es que aparece la compañerita de la niña y se vienen juntas, que es la amiguita de la niña [...]”

Versión que coincide con la manifestado por la señora TERESA DE JESUS JARAMILLO , en el interrogatorio de parte que absolvió dentro del proceso, en el que se lee:

“...el doctor Flórez, el me la examinó, me dijo que al parecer la niña había tenido un trauma, pero que él no era ginecólogo para determinar, que tocaba que la viera un ginecólogo, me recomendó llevarla donde el doctor Carlos Amaya a la Clínica Ardilla Lulle; el doctor Amaya me la valoró el seis de octubre a las seis de la tarde y efectivamente me diagnosticó que la niña había sido violada, de ahí tocó hablar con la niña para que nos dijera quienes(sic) habían sido, o quienes le habían hecho eso, el doctor habló con ella dándole dulces, el hizo las veces de sicólogo y ella le contó que habían sido dos muchachos grandes como nosotros, que un muchacho llamado Carlos y una muchacha llamada Leydi que también estudiaban en el colegio. Que ella se había ido a columpiar y ellos estaban ahí y la muchacha le tapó la boca y el infame ese le había medito un palo en la colita, y que había dolido mucho pero que ella no podía gritar por que la otra niña le tenía tapada la boca....”

EL médico que suscribe la primera experticia que se le practicó en medicina legal, también refiere la forma como la niña describió la agresión así:

“RECONOCIDA POR PRIMERA VEZ EN EL IML(sic) PRESCOLAR DE GENERO FEMENINO, RAZA MORENA, CONTEXTURA DELGADA Y RELATA QUE UNOS NIÑOS GRANDES LE METIERON UN PALITO DE BOMBOMBUN...”

Estas dos declaraciones concuerdan en que la menor identificó el lugar en que había recibido la agresión, en los columpios del Colegio. Sobre la versión de los menores víctimas de delitos sexuales la Corte suprema de Justicia ha sido enfática desde la sentencia del 26 de enero de 2006, radicado 23/706, en afirmar que dichos testimonios resultan confiables dado el impacto que el hecho causa en la memoria del menor víctima, pero que deben ser valorados bajo los lineamientos de la sana crítica, integrando sus razonamientos con las demás pruebas aportadas,

“ entanto ni pueden ser rechazados en todos los casos en el argumento de resultar facilmente sugestionables o carecer de pleno discernimiento, como tampoco debe creérseles indefectiblemente, sino que sus versiones se impone valorarlas como las de un testigo” ¹⁰⁸

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 34568.

En el ámbito de la Corte Penal Internacional, las Reglas de Procedimiento y Prueba ante ese Tribunal muestran flexibilización en las formas de recepción y en la valoración de los testimonios rendidos dentro de procesos donde se investiguen hechos de violencia sexual. En efecto en la regla 63 numeral 4 se dispone:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 66, la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

A su vez, la regla 66 prescribe que podrán recepcionarse testimonios de menores, relevándolos de manifestar la promesa solemne de decir la verdad, en los siguientes términos:

“La Sala podrá autorizar a rendir testimonio sin esta promesa solemne al menor de 18 años de edad o a la persona cuya capacidad de juicio esté disminuida y que, a su parecer, no comprenda la naturaleza de una promesa solemne cuando considere que esa persona es capaz para dar cuenta de hechos de los que esté en conocimiento y comprende el significado de la obligación de decir verdad”.

Por su parte, la regla 72 establece la posibilidad de recibir a puerta cerrada el interrogatorio de la víctima o su representante legal, cuando se trate de casos de violencia sexual. En el denominado caso Lubanga se valoraron testimonios de niños soldados, sin el requisito de la promesa de decir la verdad y recibidos a puerta cerrada. Sobre esta decisión se ha dicho:

“En el caso Lubanga se tuvo a la vista el testimonio de niños soldados que testificaron bajo seudónimo, y si se tiene en cuenta la regulación del artículo 68.2 —regla que permite decretar que la audiencia se celebre a puerta cerrada si se trata de un testigo menor de edad— es posible imaginar los problemas procesales para la defensa planteados por ambas circunstancias. La declaratoria de privacidad de la audiencia es claramente una excepción, como el propio ER menciona, al principio de publicidad de las audiencias, y podría constituirse en un obstáculo importante para el ejercicio de los derechos del justiciable a examinar la evidencia de cargo planteada por la Fiscalía¹⁰⁹”

En esta línea de pensamiento, en el caso que aquí se examina, existen dos testimonios: los de la señora LUZ ALBA CUJAR y el de la rectora del Colegio ANGELA MARIA ZULUAGA OSPINO, (que se transcribe más adelante); la declaración rendida durante el

¹⁰⁹ “Evaluación de pruebas y uso de intermediarios en el caso Lubanga”. Alfredo Chirino Sánchez, en AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel; STEINER, Christian (eds), Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El caso Lubanga, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp.45 y 46.

interrogatorio de parte absuelto por la madre de la menor; y un documento, el dictamen de medicina legal en el que el médico que lo suscribe afirma que la niña manifiesta haber sido lesionada por niños grandes.

Valorados en su conjunto estos medios probatorios, dan cuenta que la niña SL refirió que la agresión la había recibido en el Colegio y además identificó a dos menores que también concurrían al mismo centro educativo. Es decir, en el *sub lite*, si bien no se tiene la declaración de la menor, si se cuenta con otros medios de prueba que de manera concordante y creíble, dan cuenta de lo dicho por la niña SL. Versión que, cotejada con el diagnóstico que la psicóloga del bienestar familiar profirió respecto de los niños que habían sido señalados como agresores, en el sentido que si bien respecto de los mismos se descartaba que hubiesen cometido acceso carnal violento, si se determinó como posible que hubiesen realizado juegos sexuales escondidos con la menor; permite a la Sala tener por probado que los hechos ocurrieron dentro de las instalaciones del Colegio.

En efecto, dada la dificultad de acceder a una prueba directa de hechos que habitualmente ocurren sin la presencia de testigos, la Sala determina que los medios probatorios, reseñados y analizados en párrafo anterior, muestran que, independientemente que la afrenta sufrida por la menor SL la hayan cometido o no los menores que fueron señalados por ella, su versión dada en momentos distintos frente a tres adultos diferentes, es concordante en cuanto a que tal vejamen lo sufrió en el colegio.

De suerte que, en cumplimiento de los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia para valoración de los testimonios de menores víctimas de delitos sexuales, en el sentido de confrontarlos con las demás pruebas obrantes en el proceso; y en desarrollo de la flexibilización que el derecho internacional le ha dado a los testimonios rendidos dentro de procesos adelantados por actos de violencia sexual; en el sub iudice resulta suficiente para la Sala, los medios probatorios ya valorados, a efectos de tener por probado que el ultraje sexual que la menor recibió ocurrió dentro del colegio, máxime si no existe un solo medio probatorio que puede generar la más mínima sospecha de que los hechos pudieron haber ocurrido fuera de la institución.

Negar valor a estos medios de prueba obrantes en el plenario, aduciendo que en el presente proceso contencioso administrativo no se tiene la directa versión de la menor agredida, bajo una visión meramente legalista de la recepción y valoración de testimonios rendidos por menores; sería sacrificar los intereses superiores de la niña SL, desconociendo las precisiones que sobre las declaraciones de los menores ha hecho la Corte Suprema de Justicia, y desconociendo la flexibilización de reglas probatorias ante la Corte Penal Internacional, cuando se trata de investigar actos de violencia sexual.

Por demás, la existencia del lugar específico que la niña víctima señaló como el sitio donde fue agredida, se encuentra también probada dentro del proceso. En efecto, la rectora confirma que los columpios se encuentran en la cancha de primaria, en los siguientes términos:

“[...] PREGUNTADO: MANIFIESTE AL DESPACHO SI EN EL INSTITUTO FE Y ALEGRIA EXISTEN COLUMPIOS Y EN CASO AFIRMATIVO EN QUE LUGAR SE ENCUENTRAN UBICADOS. CONTESTO: si existen, y hay dos lugares, unos en preescolar y los otros en la parte de primaria. PREGUNTADO: MANIFIESTE AL DESPACHO SI EL ACCESO, POR PARTE DE LOS NIÑOS, A LOS MENCIONADOS COLUMPIOS ES PERMANENTE. CONTESTÓ: En los descansos solamente, también antes de entrar a clases al medio día, en el cambio de jornada, pues quedan en toda la cancha, ellos llegan ahí como quien dice.”

La existencia de los columpios, más las versiones concordantes entre si de una de las testigos y de lo manifestado por la madre de la menor en el interrogatorio de parte que absolvió y de lo que el médico de medicina legal escuchó a la niña; persuaden a la Sala de que que la menor SL identificó el lugar donde había sido agredida; pero no sólo eso, la menor también identificó a los agresores, como se desprende del testimonio rendido por la Hermana ANGELA MARÍA ZULUAGA OSPINO, religiosa que para la época de los hechos se desempeñaba como directora de la institución educativa a la que asistía la niña lesionada, en su declaración, cuando se le preguntó si conocía el motivo por el que había sido citada a declarar, esta persona manifestó:

“ Si, si tengo conocimiento del motivo, por cuanto los papás de una niña, la mamá directamente de una niña, que hace cuatro años cursaba primero primaria fue una noche a la casa de las hermanas, Hermanas Carmelitas Teresas de San José, a ponerme en conocimiento de que habían violado a su niña, esa noche ella me dijo que a la salida del colegio el día anterior habían violada a la niña; al día siguiente, temprano en la mañana, yo la cité al colegio, eran los primeros días de octubre, yo creo que no había llegado el diez de octubre, pero no recuerdo la fecha exacta; ella se presentó como entre siete y ocho de la mañana, tempranito, y me volvió a relatar el hecho, pero ya no dijo que la habían violado en el colegio sino en las hora académicas del colegio, la vispera me dijo que era a la salida del colegio y al otro día me dijo que había sido dentro del colegio, establecimos la manera de darnos cuenta quienes(sic) habían sido; lo primero fue mostrarle las fotos a la niña de los observadores del colegio para que la niña nos mostrara quienes(sic) habían sido, hablaba de unos niños, Carlos y Leydi, pero los niños que señaló no se llamaban Carlos y Leydi, pero esos eran los nombres que ella tenía claros; los niños que señaló pertenecían a quinto grado; después de eso como estábamos en paro estatal, eso quiere decir que desde es lunes los niños no iban más a clase, hasta nueva orden, yo cité a una actividad a los grados quintos, a los grados segundos, también por que ahí supuestamente habían una niña que había visto los hechos y a los grados primeros donde trabajaba su profesora con el objetivo de tenerlos a todos en una actividad académica y que en la hora de descanso la niña nos pudiera señalar quienes(sic) habían sido los niños que le habían ocasionado el daño. La señora llegó con la niña en el día y la hora señalada, y la señora me dijo que la niña no quería estar ahí, ni reconocer a los niños por los cuales se había desarrollado esa actividad, cogí yo a la niña por separado para explicarle lo importante que

ella nos mostrara a los niños por dos motivos: el primero para clarificar su situación y el segundo para no culpar inocentes de un hecho tan grave, la niña accedió al reconocimiento pero cuando volvimos otra vez donde la mamá ésta me dijo que iría a casa a cambiar a la niña, por que estaba sin uniforme y que en unos minutos volvían, yo le dije a la señora que no importaba que la niña estuviese sin uniforme, que me la dejara, ella insistió en que la iba a cambiar y que volvía , no volvieron”.

“[...] Posteriormente cité a los padres de los niños que ella me señaló y les puse al corriente sobre la gravedad de los hechos de los cuales los acusaban, era un niño y una niña, los padres quedaron desconcertados pero manifestaron su disposición de colaborar, los niños tuvieron que presentarse periódicamente para charlas de formación, no recuerdo durante cuanto(sic) tiempo”

Se encuentra también acreditada la presencia de la niña en el colegio el día de los hechos, así lo muestran algunos testimonios que dan cuenta de la forma cómo llegó la niña a la casa proveniente del colegio ese día. Sobre el particular el señor BENITO ROJAS VERA, manifestó:

“Resulta que el papá o sea Gabino Remolina estaba en la clínica, el dispensario del batallón, el es Sargento retirado, entonces el tenía un carro y como nosotros teníamos amistad con ellos, la señora Teresa que es la esposa de Gabino, me pidió el favor de llevarla a la clínica en el momento en que estábamos para irnos o sea un poquito antes de las doce.[...], en ese momento llego (sic) la niña del colegio, entonces la señora como no era usual la salida del colegio antes de las doce penso (sic) que se había salido y la fue a castigar y yo no la deje (sic), le dije que primero averiguara que había pasado porque la niña llego (sic) llorando en compañía de otra niña, en ese momento llego (sic) la empleada que había ido a traerla y le informa que la niña no estaba, pero la niña estaba ya adentro, entonces ella no la castiga y como tiene que irse se sube al carro y se va conmigo al batallón y hace la vuelta que tenía. Al otro día vuelve y me pide el favor que la llevara como a las seis de la tarde a la clínica Ardila Lulle[...] ella entro (sic) con la niña y yo la espere (sic) en el parqueadero, hasta ese momento yo no sabia (sic) nada de nada, ella estuvo donde el medio (sic) y tipo 7 de la noche salió llorando, entonces yo me fui a encontra4la (sic) y le dije que que (sic) había (sic) pasado, traía la niña alzada, y ahí fue cuando me comento (sic) que le habían violado la niña, que el legista le había dicho fue con un doctor Amaya creo [...] Al salir doña Teresa me comenta que las niñas reconocieron a los pelados esos en la foto, creo que en una hoja de vida del colegio, esos pelados me comento (sic) Teresa que habían sido los que habían cometido la violación contra la niña SL, era un pelado y una pelada. Aclaro que en el viaje de la clínica para acá, o sea cuando la acompañe (sic) a la Carlos Ardila ella, Teresa me comento (sic) que se había enterado por la empleada que algo había pasado a la niña y por eso la llevo (sic) al médico. [...] PREGUNTADO. APROXIMADAMENTE QUE EDAD TENIA

LA NIÑA EN LA EPOCA DE LOS HECHOS. CONTESTO. Creo que siete años. PREGUNTADO. A ELLA LA ACOMPAÑABAN AL COLEGIO O SE IBA SOLA. CONTESTO. Día a día la acompañaban o el o ella o la empleada, porque hay una avenida peligrosa y no se pueden dejar solos”.

En sentido concordante declaró Mercedes Morantes Mariño, quien dijo:

“[...] yo estaba en la tienda con la mamá, ellos tenían un negocio, faltaba como un cuarto para las doce, yo llegaba como a las once y media siempre, todos los días a comprar lo del almuerzo a la tienda de Teresa Jaramillo, quien es la mamá de la niña, faltaba un cuarto para las doce, más o menos, y la niña llegó llorando con otra niña y una señora la señora es una vecina, es Luz Alba Cujar, el nombre de la niña no lo recuerdo, en ese instante también estaba don Benito que es también un vecino, como la niña llegó antes de la hora y la mamá la regañó por que llegó sola, por que la niña siempre la mandaban a recoger, entonces la mamá la iba a regañar y yo le dije que para que la iba a regañar, le iba a pegar, y entonces don Benito le dijo que para que le iba a pegar, de ahí no supe más por que (sic) yo me fuí (sic) a hacer el almuerzo. Al otro día, pregunté, le pregunté a Teresa que que (sic) era lo que había pasado y ella me contó que a la niña se la habían violado, se me olvidó una cosa, a mi ya se me estaba olvidando por que ya hace tiempo y mi cabeza no es muy buena, cuando la mamá le preguntó que por que (sic) venía llorando la niña le respondió que por que dos niños le habían pegado [...] PREGUNTADO. DIGALE AL DESPACHO APROXIMADAMENTE QUE EDAD TENIA LA NILA EN LA EPOCA DE LOS HECHOS. CONTESTO. Eso si no sé (sic), eso fue más o menos en el noventa y ocho, pero la edad si no la recuerdo, pero era pequeña, una niñita- PREGUNTADO. DIGALE AL DESPACHO SI A LA NIÑA LA ACOMPAÑABAN AL COLEGIO O SE IBA SOLA. CONTESTO. Nunca, en ningún momento se dejaba sola”.

Ahora bien, tampoco es de recibo el argumento expuesto por el Tribunal en el fallo de primera instancia, cuando para aseverar la ausencia de prueba de que la agresión hubiese sido infligida a la niña por los menores, concluye que del texto del resultado de los exámenes psicológicos que se le practicaron a los dos menores que fueron señalados por la niña lesionada, como causantes de su daño; no es posible deducir que ellos hubiesen cometido el hecho, y que por tanto no se habían acreditado las circunstancias de las que pudo desprenderse el daño.

En tales informes se lee sobre JHON GERLEY CEDIEL:

“ Jhon Gerlye es un niño tímido(sic) pero se expresa y es capaz de formular preguntas y plantear inquietudes. Su mamá es una persona atenta y preocupada por dar respuestas a su hijo mayor. El ambiente familiar es vivido por ambos como satisfactorio y seguro.

Es prácticamente descartable que Jhon sea responsable del “acceso carnal violento” por el cual se le denunció siendo factible, pero no comprobado, que haya habido juegos sexuales entre él y las dos niñas mencionadas. Como sea, la atención recibida por la menor y su familia es suficiente para servir de

advertencia , si es el caso y modificar comprotamiento y si no hay lugar, ha sido propia para “dedramatizar” la situación vivida”¹¹⁰.

Y sobre la menor Diana Katerine Beltran se concluyó:

“A pesar de ser una niña excesivamente retraida es poco probable que la menor sea responsable de los cargo de “acceso carnal violento” por los cuales se le puso el denuncia, es posible que haya desarrollado juegos sexuales a escondite, pero no es comprobado”.[...] “El cambio de colegio previsto puede ser favorable”.¹¹¹

Una valoración de dicho medio probatorio dentro de la sana crítica, a juicio de la Sala, lo que permite es determinar que los menores no cometieron el delito de acceso carnal violento; pero si deja abierta la posibilidad de que hayan incurrido en juegos sexuales, lo cual, valorado en conjunto, es decir, unido a los resultados de los exámenes que se le practicaron al cuerpo de la niña agredida, más el señalamiento que ésta les hizo de ser los causantes de la agresión, permiten tener inequívocamente por probado que al interior de la institución educativa unos menores agredieron a la niña SL.

De otra parte, continuando con el análisis en conjunto de todos los medios probatorios, la sala constata que existen suficientes medios de prueba que acreditan que la menor era cuidada con esmero por su familia, así se desprende entre otros, de lo dicho por La señora HERMENCIA MARTÍNEZ SILVA, persona que fue a recoger la niña al Colegio del día de los hechos. Cuando se le preguntó si conocía los motivos por los cuales había sido citada a rendir declaración manifestó:

“Sí, pues Teresa siempre llevaba a la niña, ese día llevó a la niña al colegio y ese día faltando un cuarto para las doce me mandó a traer la niña, pero cuando yo llegué al colegio, yo me fui por la parte de la cancha, llegué al colegio y esperé a que los niños salieran pero la niña no salió, entonces al ver que la niña no salía me acerqué y le pregunté a una señora que estaba ahí y le pregunté(sic), no sé como(sic) se llamaba, esa señora hacía parte del colegio, trabajaba en él, ella entró(sic) y miró si la niña estaba y salió y me dijo que no estaba, que la niña ya había salido; yo me preocupé por que la niña desde un principio iban a recogerla y nunca la dejaban sola, yo me vine corriendo a decirle a la mamá, a Teresa, que la niña no estaba; cuando yo llegué, Teresa me dijo que me viniera rápido por que la niña ya había llegado. Entonces inclusive Teresa iba a castigar a la niña, y estaba ahí Don Benito”.

Versión que coincide por lo manifestado por la señora LUZ ALBA CUJAR, quien manifestó:

“Yo si (sic) sé (sic) por que estoy acá, me citaron para dar un testimonio de lo que le ocurrió a la niña SL hace tres años. Faltaría un cuarto o diez para las doce del día y yo acostumbraba a llevar a mi hija menor a la parada del bus, estando

¹¹⁰ Fl. 229 del C.1

¹¹¹ Fl.242 del C.1

ahí veo que vienen dos niñas corriendo y sorpresa que veo a dos niñas y entre ellas venía Sarita, la niña cuando llega al lado mío, ella me abraza y en ese momento la niña estaba juagadita (sic) en sudor y en ese momento estaba muy asustada, yo la reagaño (sic) a ella, la reagaño por que yo la veo atravesar la avenida y es una avenida peligrosa, y no hace diez minutos había pasado la muchacha de ella, hermencia, quien ese día le tocaba ir por ella al colegio por que (sic) don Gabino estaba enfermo, la niña cuando yo le pregunto por que se vino sola del colegio me dice que unos compañeros de colegio la viene (sic) persiguiendo y dicen que la van a matar, yo esperé a que llegara el transporte de mi niña y me voy y llevo a Sarita a la casa. Le comento a Teresa lo sucedido, quien es la mamá, yo le comento lo sucedido y ella la regaña y le dice que cuando regrese de la clínica hablarían al respecto, la señora va a la clínica por que Don Gabino, creo que lo operaban ese día y ella iba saliendo para la Clínica; la mamá le dice que por que se vino sola, que ya Hermencia había ido por ella, en ese momento estaban presentes Don Benito y Mercedes; Don Benito le dice que se calme y que no la regañe, que por la noche cuando llegue de la Clínica habla con ella y ella le contará por que se vino sola. En eso llega Hermencia, la muchacha y le comenta que la niña no estaba en el Colegio y entonces Teresa le dice que si que la niña ya llegó. Teresa se va para la Clínica y ese día ya no supe más nada al respecto, me vuelvo a ver con Teresa al otro día en la noche y por que fuí (sic) a buscarla a la casa y no la encuentro por que me dice Hermencia que a doña Teresa le tocó irse para el médico con la niña.

Esta custodia de la menor por parte de su familia resulta ratificada incluso por la La señora LIGIA STELLA CRUZ MEJÍA, quien manifestó que era la celadora del Colegio en la época en que ocurrieron los hechos, esta persona después de reconocer que conocía a la menor SL, cuando se le pregunta si sabía quién llevaba a esta menor al colegio, respondió:

“No, no se(sic) quien(sic) la llevaba por que no los conozco, pero de llevarla si alguien(sic) siempre lo hacía”.

Estas afirmaciones le permiten a la Sala restar credibilidad a lo afirmado por la profesora ILDA RODRIGUEZ ROA, quien manifestó:

“PREGUNTADO. SABE USTED EL MOTIVO POR EL CUAL HA SIDO CITADA A ESTA DILIGENCIA, EN CASO AFIRMATIVO MANIFIESTE AL DESPACHO TODO CUANTO LE CONSTE AL RESPECTO: Si, en ese entonces yo era la educadora de la niña en grado primero, esto no recuerdo el día exacto era la jornada de la mañana, cuando la mama(sic) de la niña zarita (sic) se presento(sic) a la institución y pregunto(sic) por la niña que como(sic) se estaba comportando que si tenía algún comportamiento raro, le manifieste(sic) que el comportamiento era igual que todos los días, callada no participaba en clase que el rendimiento de ella no mejoraba, la Señora mama(sic) de sarito(sic) me manifiesto(sic) que la pasaba trabajando todo el día en el negocio y que la empleada de servicio domestico(sic) le acababa de informar que en la cama de la niña las sabanas estaban sangradas por eso ella de inmediato se había ido

para el Instituto, me pío(sic) que le permitiera la niña y la llevo(sic) al baño para revisarla de ahí salió(sic) y me dijo que la niña estaba violada y se la llevó para la casa”.

“PREGUNTADO: el día anterior a aquel en que la mama(sic) de la niña se presentó en el colegio a informarle sobre el estado de las sabanas, a que(sic) hora salió del Colegio. CONTESTO. A LAS DOCE DEL DIA, ERA LA HORA EN QUE NORMALMENTE SE TERMINABA LA JORNADA ACADÉMICA YO ERA LA DOCENTE DE ELLA Y YO ENTREGABA A LOS NIÑOS EN LA PUERTA, YO LOS ACOMPAÑABA A LA PUERAT(sic) Y AHÍ LOS NIÑOS IBAN SALIENDO UNO POR UNO, NO LOS ENTREGABA EN PARTICULAR A NADIE”.

“[...] PREGUNTADO: MANIFIESTE AL DESPACHO CUANTOS ALUMNOS TENIA A SU CARGO. CONTESTO. Treinta estudiantes. PREGUNTADO: MANIFIESTE AL DESPACHO SI ESTABA SOLA A CARGO DE LOS MENORES O SI TENÍA EL APOYO DE UN AUXILIAR? CONTESTO. No, estaba sola”.

Como se observa en la transcripción hecha anteriormente, la profesora sugiere que a la niña era descuidada por su madre, debido a que esta tenía que atender el negocio; lo que resulta desmentido por dos vecinas de la familia y por la misma celadora del Colegio. De otra parte, la declaración hecha por la profesora contiene una manifestación que también resulta refutada por un documento obrante del proceso. En efecto, la profesora ILDA RODRIGUEZ ROA manifiesta que el desempeño académico de la menor era regular, y en el plenario obra el “boletín descriptivo de los procesos de desarrollo del estudiante” del año 1997, y este documento da cuenta que el desempeño de la menor era calificado en cada de las áreas con excelente o bueno.

Para la Sala, el hecho que las manifestaciones de la profesora resulten desementidas, en parte por otros testigos, incluida otra funcionaria del Colegio, y en otra parte, por este documento reseñado; le resta credibilidad a las manifestaciones hechas por esta persona y por lo tanto no será tenido en cuenta.

De la valoración en conjunto del resto del acervo probatorio, para la Sala es evidente que la menor fue lesionada mientras se encontraba en el Colegio, y esto significa que la vigilancia de la que disponía esta institución educativa no tuvo la eficacia suficiente para garantizar la seguridad de la menor.

Debe precisar la Sala, que con este comportamiento negligente por parte de las directivas del Colegio Instituto Fe y Alegria del municipio de Floridablanca, no solamente se infrigen las disposiciones del código civil que se reseñaron en acápite anterior; sino que se vulneran también normas de nivel convencional como el artículo 19. De la Convención Americana de Derechos humanos, que dispone:

“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Y el artículo 3º de la Convención sobre los derechos del niño, cuyos tres primeros

numerales son del siguiente tenor:

1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*
2. *Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*
3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.*

Las anteriores normas supranacionales colocan en cabeza del Estado una obligación ineludible en la protección de los menores a saber: los establecimientos educativos deben tener las normas de seguridad necesarias para impedir que la integridad corporal y psíquica de los niños sea vulnerada. Y es evidente que en el caso *sub judice* dichas normas de seguridad no fueron implementadas o resultaron ineficaces; toda vez que una menor impúber, fue agredida en sus genitales, mientras estaba en el Colegio público al que concurría cotidianamente.

Sobre la protección especial del interés de los menores a nivel convencional, la Sala en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 26251 afirmó:

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

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

garantizar una adecuada y oportuna protección de los derechos de las víctimas¹¹².

Así pues, el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “control difuso de convencionalidad”, cuyo destinatario es todo juez nacional quien tiene el deber de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹¹³. Si bien como construcción jurídica el control de convencionalidad se hace radicar en su origen en la sentencia del “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”¹¹⁴, lo cierto es que desde antes del 2002¹¹⁵, e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado¹¹⁶, aunque en su formulación inicial señalaba que sólo tenía a los jueces

¹¹²Ver la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas, sobre los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

¹¹³ “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MAcGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

¹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

¹¹⁵ “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

como aquellos que debían ejercerlo. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, llegando a afirmar que representa una obligación en cabeza del poder judicial, ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma¹¹⁷ y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”¹¹⁸ [subrayado fuera de texto].

Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario¹¹⁹. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales, se comprende por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente manera:

“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos

¹¹⁷ “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

¹¹⁹ “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹²⁰.

Luego de surgir este mecanismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo fue matizando. En ese sentido, en el “caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú¹²¹, se agregó que dicho control de convencionalidad procede “ex officio” pero “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones competentes”. Así mismo, se consideró como función que “no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”¹²².

Si bien en su configuración inicial el control de convencionalidad puede reducirse a la confrontación de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, en su voto razonado el juez García Ramírez, a la sentencia del “caso Trabajadores cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú”, consideró que debía proceder dicho control respecto a “todo el corpus iuris convencional de los derechos humanos”¹²³.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro y otros] vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 128.

¹²³ En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el control de convencionalidad se viene consolidando como puede verse: a) caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, donde el

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

“[...] El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicarlas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”¹²⁴

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

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

¹²⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “administration des finances italiennes c. Simmenthal”, sentencia de 9 de marzo de 1978, en FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, p.1207.

Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres, sentencia de 28 de octubre de 1999¹²⁵;
c) caso Open Door y Dublin Well Woman¹²⁶

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

Entonces, el control de convencionalidad conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26¹²⁷ y 27¹²⁸ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos, que como se ha dicho, en tratándose de menores de edad obtienen una especial y prevalente protección, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, lo que a su vez conlleva la materialización de la máxima según la cual “lo relevante es el administrado y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencionalmente reconocidos, y de los derechos humanos”¹²⁹.

Así las cosas, la decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens, de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad¹³⁰, a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se trata de sujetos de especial

¹²⁵ Puede verse en: SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 8eme ed, Paris, PUF, 2006, p.191-2.

¹²⁶ Puede verse: RUIZ MIGUEL, Carlos, La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Madrid, Tecnos, 1997, p.42.

¹²⁷ "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

¹²⁸ El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

¹²⁹ SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, Convencionalidad y Derecho Administrativo – Interacciones sistemáticas en el Estado Social de Derecho que procura la eficacia de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de gentes. Artículo pendiente de publicación Universidad Externado de Colombia.

¹³⁰ *Ibidem*.

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

De otra parte, debe tenerse presente que:

*“La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. **Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como es que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”.** (resaltado propio)¹³¹.*

En esta línea de pensamiento llama la atención la Sala sobre la manera errónea y superficial como el Tribunal de primera instancia valoró las pruebas. Pues se limitó a señalar la ausencia de una prueba directa de cómo ocurrieron los hechos; desconociendo que las reglas de la experiencia indican que cuando se dan este tipo de agresiones, quienes las acometen obran encubiertos y al escondido de otras personas que los puedan delatar.

El a quo, al concentrarse en la ausencia de una prueba de casi imposible consecución, olvidó la valoración en conjunto el acervo probatorio, que da cuenta, como lo muestran los testimonios que se han transcrito, que al interior del Colegio ocurrió una agresión a un sujeto de especial protección, una menor de 7 años que fue lesionada en sus genitales, con todas las secuelas que psicológicas que esta vulneración genera en cualquier ser humano; y debe concluirse de esa manera, si se tiene en cuenta que no existe una sola prueba que pueda hacer sospechar a los miembros de esta Sala que la agresión haya podido ocurrir fuera del establecimiento educativo.

Con base en lo anterior, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar condenar a las entidades demandadas. En este orden de ideas, la Sala procede a verificar si se encuentran acreditados los perjuicios pretendidos en la demanda y en caso de ser así, realizará su liquidación

7. Perjuicios.

7.1 Perjuicios morales.

Los perjuicios morales se solicitaron en la demanda en los siguientes términos:

“. PERJUICIOS MORALES (Subjetivados)

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005. A propósito de esta misma temática ver la Providencia del 1o de diciembre de 2014, exp. 44586 (auto de ponente).

a. A: GABINO REMOLINA MENDEZ, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y que está sufriendo, por la violación de SL, en su calidad de padre, en cuantía equivalente a dos mil gramos oro (2.000grs) el valor en la fecha de la ejecutoria del fallo.

b. A: TERESA DE JESUS JARAMILLO AGUILAR, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y que está sufriendo, por la violación de SL, en su calidad de madre, en cuantía equivalente a dos mil gramos oro (2.000grs) al valor en la fecha de la ejecutoria del fallo.

c. A: SL, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y que está sufriendo, por el acceso carnal violento de que fue objeto, en su calidad de víctima, en cuantía equivalente a dos mil gramos oro (2.000grs) al valor en la fecha de ejecutoria del fallo.

Se encuentra acreditado el parentesco de los demandantes con la menor conforme a la copia del registro civil que se reseñó en el acápite de pruebas, lo que significa que es procedente el reconocimiento de este tipo de perjuicio a los tres demandantes.

Ahora bien, en cuanto su cuantificación la Sala observa, entra la Sala a verificar si resulta aplicable la reciente sentencia de unificación, del 28 de agosto de 2014, exp.31172, en la que se diseñaron parámetros objetivos para la cuantificación de este tipo de perjuicios cuando los mismos se derivan de lesiones. En efecto en esa oportunidad la Sala expresó:

“La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%”.

En el *sub judice* medicina legal dictaminó una incapacidad de 6 días como consecuencia de las lesiones de la menor, es decir, que no es posible ubicar el daño sufrido por SL, ni siquiera en el último rango de la escala, pues su lesión, al menos desde el punto de vista físico no fue permanente. Sin embargo, obra prueba en el expediente que desde el ámbito de la psiquis de la menor sí se ocasionaron lesiones.

En efecto, en la certificación expedida por la Psicóloga María Margarita Gómez se consignó:

“ha venido asistiendo regularmente a sesiones de psicología y que necesita de estas aproximadamente por un año, tiempo de tratamiento para poder lograr estabilizar su estado emocional y poder ella sanar la situación transmitida que le ocasiono(sic) la violencia que se ejerció sobre ella, alterando su integridad”¹³².

Obra también en expediente una evaluación Psicodiagnostica, suscrita por la misma psicóloga en la que se afirmó:

En al(sic) añña(sic) se observa ansiedad, miedo, y temor a ser nuevamente agredida, en ella está muy fija la experiencia vivida”¹³³.

¹³² fl.14 del C.1

¹³³ Fls. 8-9 del C.1

Sobre las secuelas psíquicas de la agresión, concordantemente también se pronunció la testigo LUZ ALBA CUJAR RIVERA, en cuya declaración se consignó:

“PREGUNTADO: YA QUE USTED MANIFIESTA CONOCER A LOS PARIENTES Y A LA NIÑA DURANTE CUATRO AÑOS ANTES DEL ACCIDENTE AL QUE VENIMOS REFIRIENDONOS, SIRVASE DECIRLE AL DESPACHO POR SU CONDICION DE MADRE, EDUCADORA Y MUJER, COMO CONOCIO USTED A LA MENOR SL ANTES DEL HECHO ES DECIR COMO ERA EL COMPORTAMIENTO DE LA NIÑA ANTES DEL HECHO. CONTESTO. Empezando que SL era en ese tiempo una niña muy despierta, muy inteligente, desde chiquita baila, canta, modela, desde que yo la conozco hasta el momento del hecho, pero después del hecho se a (sic) vuelto muy agresiva , que no quiere los niños, que odia a los niños, Teresa a(sic) tenido que estar muy pendiente de la niña, que en el colegio le dice que no quiere participar cuando están los niños, Ella creo que la tiene en psicólogo”¹³⁴.

Los anteriores medios probatorios persuaden a la Sala que la agresión física que recibió la menor, pese a que no dejó secuelas permanentes en su cuerpo; si produjo lesiones de orden psíquico, que comportan necesariamente sufrimiento de orden moral, tanto para la víctima menor de edad, como la de los padres, que deben afrontar la ansiedad y el desasosiego que la niña experimenta como consecuencia de lo sucedido. La Sala hace énfasis en que el perjuicio que aquí se reconoce es el moral, en el sentido en que lo que se ordena indemnizar es la congoja que la lesión psíquica que sufrió la menor ocasiona en cada uno de los demandantes; y no se está indemnizando la lesión misma, lo que corresponde al concepto de daño salud, respecto del cual se ocupa la Sala más adelante.

Una situación como la que se presenta en el *sub judice*, resulta asimilable a los parámetros establecidos en la sentencia de unificación sobre cuantificación de los perjuicios morales derivados de lesiones; pues la evidencia de las lesiones psíquicas sufridas por una menor impúber, lo que agrava mayormente el acto de vulneración de su cuerpo por el desasosiego que la misma puede generar a una niña cuya psiquis aún se encuentra en estado de desarrollo; congoja que se transmite en toda su intensidad a los padres que tienen que soportar impotentes el daño ocasionado a la integridad de su menor hija; permiten a la Sala determinar que son circunstancias equivalentes a una lesión física cuya gravedad es superior al 50%. En este orden de ideas, y aplicando los parámetros de la sentencia de unificación la Sala condenará a las entidades demandadas a pagar el equivalente 100 salarios mínimos legales mensuales, cada una de las siguientes personas: SL, TERESA DE JESUS JARAMILLO AGUILAR Y GABINO REMOLINA MÉNDEZ.

7.2 Perjuicios materiales.

En la demanda los daños materiales se solicitaron en los siguientes términos:

¹³⁴ FLS 124-125 del C.1

2. PERJUICIOS MATERIALES:

Daño Emergente:

A título de indemnización por perjuicios materiales (Daño Emergente) a favor de los señores GABINO REMOLINA y TERESA DE JESUS JARAMILLO, en cuantía igual o superior a \$710.000.00, que corresponden a Consultas Médicas Ginocológicas y Sesiones de Sicología a que debió ser sometida la menor.

Daño Emergente Futuro:

A título de indemnización por perjuicios materiales (Daño Emergente Futuro) a favor de los señores GABINO REMOLINA y TERESA DE JESUS JARAMILLO, en cuantía igual o superior a \$625.000,00 que corresponden a Sesiones de Sicología a que deberá ser sometida la menor para culminar el tratamiento.

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES: \$1.335.000,00

Para acreditar estos perjuicios en el expediente obran los siguientes documentos.

- a. Factura de Venta No. 0265, suscrita por el médico Francisco Amaya Mantilla, el 6 de octubre de 1998, en la que se hace constar que a este médico el fue cancelada la suma de \$40.000. por concepto de consulta médica especializada de la niña SL¹³⁵.
- b. Factura de Venta No. 5032, en la que consta que al médico Luis A. Flórez Berbesi, se le canceló el 6 de octubre de 1998, la suma d \$9000 por concepto de consulta de SL¹³⁶.
- c. Factura de Venta No.0342 expedida por el médico Javier Noriega Rangel, en el que consta que la señora Teresa de Jesús Jaramillo Aguillar, le pagó a este profesional de la salud la suma Cuarenta mil pesos el día 12 de mayo de 1999, por concepto de consulta y valoración ginecológica de la niña SL¹³⁷.
- d. Cuenta de Cobro suscrita por la Psicóloga María Margarita Gómez, en la que consta que el señor Gabino Remolina Méndez, le adeuda la suma de \$621.000 Por concepto de 27 sesiones de psicología de su hija SL¹³⁸.

Así las cosas, la Sala tiene por acreditado como perjuicio material, en la modalidad daño emergente, la suma de \$710.000 pesos suma que tendrá que ser actualizada conforme a la siguiente fórmula matemática:

$$Va = Vi (If / li)$$

donde,

¹³⁵ Fl.11 del C.1

¹³⁶ FL.12 del C.1.

¹³⁷ Fl. 13 del C.1

¹³⁸ Fl. 16 del C.1

Va : valor actual

Vi : valor inicial, equivalente a la suma reconocida en este fallo como daño emergente, esto es, \$710.000.00

If : índice final, equivalente al IPC para enero de 2015, esto es, 118,91

li : índice inicial, equivalente al IPC para octubre de 1998, fecha en la que ocurrieron los hechos que dieron lugar a este proceso, esto es, 51,62.

En este orden, $Va = Vi (If / li)$
 $Va = 710.000.00 (118,91 / 51,62)$
 $VA = \$1.635.530.80$

Se condenará entonces por concepto de daño emergente a la suma de UN MILLON SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS CON OCHENTA CENTAVOS, a favor de GABINO REMOLINA MÉNDEZ Y TERESA DE JESUS JARAMILLO AGUILAR.

A propósito de lo que en la demanda se denominó “daño emergente futuro”, y que se hacía consistir en las sesiones de psicología que debía atender la menor dentro del año siguiente a la ocurrencia de los hechos, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada en noviembre de 1999, es decir, cuando el año previsto para tales sesiones ya se había cumplido, se negará el reconocimiento de este perjuicio, puesto que el mismo no se acreditó.

7.3 Daño a la salud

Aunque formalmente en el *petitum* de la demanda no se solicitó el reconocimiento del daño a la salud, si se hizo en la *causa petendi* del libelo. En efecto, en los hechos 8º y 10º de la demanda se lee:

“ La menor, víctima de la violación, queda en una situación física y psicológica de manifiesta gravedad para toda su vida, por el carácter de irreversible del daño.”
[...]La menor SL tendrá muy seguramente problemas en su salud adulta para mantener relaciones sexuales y afectivas con personas del sexo opuesto”

Así las cosas, es claro que en los hechos de la demanda se hizo mención a lesiones recibidas por la menor, que otrora la jurisprudencia denominó indistintamente como alteración de las condiciones de existencia o perjuicio fisiológico. En primer lugar es oportuno recordar que se unificó la divergencia de nombres que habían utilizado, tales como daño a la vida de relación, alteración a las condiciones de existencia o perjuicio fisiológico, en el de daño a la salud y se dispuso que:

“...el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante

lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹³⁹. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada¹⁴⁰”

Este precedente fue reiterado recientemente en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014¹⁴¹, en el cual se dispuso:

“Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:

“De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

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

¹³⁹ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031

¹⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172.

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

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

“

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

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

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

- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso.”

En el *sub judice* se tiene, que la menor SL, a sus 7 años de edad, sufrió lesiones en su vulva y, como lo demuestran las certificaciones psicológicas que se transcribieron anteriormente, la niña como consecuencia de este daño mostraba ansiedad, miedo y temor a ser nuevamente agredida.

La Sala hace énfasis que en el caso que aquí se revisa se lesionó a un menor impúber, de sexo femenino, mediante una agresión que no solo diezma su integridad física, sino su integridad psíquica, con secuelas que son más complejas y difíciles de eliminar.

Así las cosas, de la misma manera que para cuantificar los perjuicios morales derivados de la agresión que recibió la menor SL, se asimiló la situación a una lesión física que genera una incapacidad superior al 50%; se reconocerán como daño a la salud a la víctima directa del daño la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales.

Adicionalmente, la Sala observa que en el caso concreto se encuentran probada el daño a la salud con una mayor intensidad teniendo en cuenta que además que se trata de un menor, se trató de una niña a quien como consecuencia de la agresión se le afectó su manera de relacionarse con sus contemporáneos del sexo opuesto; teniendo en cuenta también que los hechos ocurrieron en una institución de Educación oficial que está prevista para socializar a los menores y enseñar reglas de civismo y respeto mutuo; en la cual los padres depositaron su confianza; se debe tener presente igualmente que el tipo de lesión recibida por la niña víctima no agota en sus secuelas a nivel físico y psicológico, sino que humilla la dignidad humana. Por lo anterior, de las variables enunciadas en la sentencia de unificación, en el caso concreto se encuentran demostradas son las siguientes y se cuantificarán así:

Variable probada	Valoración de acuerdo con las circunstancias y pruebas explicadas en la parte motiva
Factores sociales	Existen declaraciones transcritas y dictámenes psicológicos que ponen de presente que la niña se inhibía de relacionarse con los niños y presentaba temores de que la volvieran a agredir, como consecuencia de impacto que le había generado la vulneración de su intimidad. Se otorgan 50 SMLMV
Naturaleza de la lesión	La agresión física a una parte íntima como los genitales, tiene un nivel mayor de vejamen que el de cualquier otra parte del cuerpo, pues la persona se siente vulnerada en lo más recóndito de su ser, no se afecta únicamente su integridad física y psíquica sino que se ultraja la dignidad

	de la persona humana. Se otorgan 50 SMLMV
El lugar donde ocurrieron los hechos.	Para la Sala no es lo mismo que se ejecuten abusos sexuales contra una menor en la calle, que cuando se hacen dentro de una institución educativa, prevista constitucionalmente para tener acceso valores culturales, en el que los padres dejan a los menores con plena confianza de que sus hijos serán resguardados en su integridad. 50 SMLMV

En este orden de ideas, la Sala reconocerá a cada uno de los demandantes por daño a la salud, la suma equivalente a 250 SMLMV, que en la fecha de esta providencia representan la suma de \$161.087.500

7.3 Reconocimiento de oficio de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

Como se dejó establecido en precedencia, con las lesiones sufridas por SL, no sólo se le vulneraron derechos de orden legal, sino que se le afectaron bienes reconocidos convencionalmente; en concreto el derecho que tenía a que el Estado dispusiera de su protección mientras estuviera en las instalaciones del establecimiento educativo y que le fue desconocido el 6 de octubre de 1998, cuando resultó agredida dentro del Colegio Instituto fe y Alegría del municipio de Floridablanca. Este tipo de daño puede ser reconocido de oficio, conforme a lo dispuesto en sentencia de unificación de esta Corporación. En efecto, sobre la posibilidad de reconocer de oficio este tipo de perjuicios en sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente 26251 se estableció:

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

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

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECTACIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo	de Modulación

	Medida	
En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	Medidas de reparación integral no pecuniarias.	De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.

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

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

Medidas de reparación no pecuniarias

Al respecto, la Sala considera que en el *sub examine* se precisa la reparación integral mediante medidas de reparación no pecuniarias, teniendo en cuenta la relevancia del caso, por cuanto se trata de afectación al interés superior del menor, y ante la gravedad de los hechos debatidos, consistentes en la agresión de que fue víctima SL, cuando contaba con apenas 7 años de edad; por ello se ordenará que con cargo al presupuesto de las tres entidades demandadas se elabore un diagnóstico psicológico en que se dictamine si ahora en su adultez perviven secuelas psíquicas como consecuencia de el trauma que con objeto contundente recibió a nivel de sus genitales. En caso de ser así, que se indique cuál debe ser el tratamiento psicológico necesario para superar tales secuelas, el que se ordenará pagar con cargo al presupuesto de las mismas entidades.

8. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, la Sala se abstendrá de imponer condena alguna por este concepto.

Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará la sentencia apelada, para acceder a las pretensiones de la demanda,.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 31 de diciembre de 2004 proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales Administrativos de Santander, Norte de Santander y César, la que quedará de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARASE PROBADA LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACION Y DEL DEPARTAMENTO DE SANTANDER.

SEGUNDO. DECLÁRESE patrimonialmente responsable al MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA; de los perjuicios morales y materiales ocasionados a GABINO REMOLINA MENDEZ, TERESA DE JESÚS JARAMILLO AGUILAR Y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX ; como consecuencia de las lesiones de que fue víctima esta última persona el día 6 de octubre de 1998, en las instalaciones del Colegio Instituto Fe y Alegría, cuando contaba con 7 años de edad.

TERCERO. CONDÉNASE al MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA a pagar por concepto de perjuicios morales a GABINO REMOLINA MENDEZ, TERESA DE JESÚS JARAMILLO AGUILAR Y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales, a cada uno ellos.

CUARTO: CONDÉNASE al MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA a pagar por concepto de daño a la salud, a favor de GABINO REMOLINA MENDEZ, TERESA DE JESÚS JARAMILLO AGUILAR Y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX la suma equivalente a 250 salarios mínimos legales mensuales, a cada uno ellos.

QUINTO. CONDÉNASE al MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA a pagar por concepto de perjuicios materiales, en el rubro daño emergente, a GABINO REMOLINA MENDEZ, TERESA DE JESÚS JARAMILLO AGUILAR la suma de UN MILLÓN SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS CON OCHENTA CENTAVOS \$1.635.530.80

SEXTO: DECLÁRESE responsables al MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA, de la vulneración de bien convencional de Protección del interés superior del niño a ser

protegido en su seguridad en establecimientos encargados de su cuidado, que le fueron desconocidos a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX con ocasión de las lesiones que sufrió el 6 de octubre de 1998, en las instalaciones del Colegio Instituto Fe y Alegría del municipio de Floridablanca, cuando contaba con apenas 7 años de edad.

SEPTIMO: Como consecuencia de la anterior declaración ORDÉNASE que con cargo al presupuesto del MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA- SANTANDER:

- a. se elabore un diagnóstico psicológico de XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en el que se dictamine si ahora en su adultez perviven secuelas psíquicas que sean consecuencia del trauma que recibió con objeto contundente a nivel de sus genitales, cuando tenía 7 años de edad.
- b. En caso de ser así, qué se indique cuál debe ser el tratamiento psicológico necesario para superar tales secuelas, tratamiento que de ser necesario, también que se pagará con cargo al presupuesto de las mismas entidades.

OCTAVO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 114 numeral 2 del Código General del Proceso. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando. PROHÍBESE LA EXPEDICION DE COPIAS DE LA PARTE RESOLUTIVA DE ESTE FALLO A PERSONAS DISTINTAS A QUIENES FUERON PARTES DENTRO DEL PROCESO.

NOVENO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

DECIMO: ABSTÉNGASE de condenar en costas.

UNDECIMO. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE

OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente

JCGO