

Declaración de originalidad

Fecha: enero 23 de 2019

Yo, SILVANA FRANCO OCHOA, en mi calidad de autor del artículo titulado **LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE A LAS VÍCTIMAS DE ACOSO ESCOLAR**, presentado como requisito de grado en la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado para optar a un título, ya en igual forma o con variaciones, en esta u otra universidad. Asimismo, declaro que he reconocido el crédito debido a las ideas citadas y que no he incurrido en plagio en elaboración del trabajo de grado.

Silvana Franco Ochoa



**LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE A
LAS VÍCTIMAS DE ACOSO ESCOLAR**

SILVANA FRANCO OCHOA

Director
Mg. GONZALO ANDRÉS PÉREZ MEDINA

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
MEDELLÍN
2019**

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO FRENTE A LAS VÍCTIMAS DE ACOSO ESCOLAR

SILVANA FRANCO OCHOA*

Resumen.

El alto impacto que genera en la sociedad colombiana el servicio público de la educación, y el deber que asiste a las autoridades educativas de proteger y cuidar a los alumnos que se encuentran a su cargo, garantizando su seguridad y vigilando su comportamiento con miras a evitar la producción de daños propios o ajenos, dado que estos se encuentran bajo la tutela de las instituciones, conduce a analizar si el Estado colombiano, como garante de la prestación efectiva del servicio, debe responder patrimonialmente por los daños derivados del acoso escolar que sufren los estudiantes, bajo el título de falla en el servicio, como consecuencia de la omisión del deber de cuidado y vigilancia de las instituciones públicas, a partir de la interpretación del contenido y el alcance normativo y jurisprudencial, concretamente de los parámetros previstos en la Ruta de Atención Escolar establecida en la Ley 1620 de 2013.

Palabras Clave

Educación, Estado Garante, Acoso escolar, Falla en el servicio, Cuidado.

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana, sede Medellín. Correo electrónico: silvanafranco1026@hotmail.com

Introducción.

Colombia como Estado Social de Derecho, tiene premisas fundamentales con respecto al derecho a la educación y a los deberes que debe enfrentar como su garante y prestador del servicio mediante establecimientos oficiales, por ello es importante comprender en qué medida ese Estado Garante debe asumir la responsabilidad de los daños que sufren las víctimas de acoso escolar, dado que comportamientos producidos en el entorno escolar y sus consecuencias, desencadenan daños antijurídicos.

En materia de acoso escolar, previendo los daños y las consecuencias que genera en sus víctimas, la Ley 1620 de 2013 determinó una serie de responsabilidades a cargo de los establecimientos educativos del país, estructurando una posición de garante a cargo del Estado, a partir de la implementación de unos medios de control que permiten entornos de convivencia pacífica, por ello es oportuno identificar si realmente las instituciones oficiales acogen los preceptos legales, y si los daños producto del acoso escolar se consideran antijurídicos, por derivarse de la omisión de las instituciones oficiales de educación en representación del Estado, conduciendo a una falla en el servicio. Analizar la responsabilidad del Estado con respecto a los daños derivados del acoso escolar como consecuencia de conductas omisivas, permite garantizar la formación de los educandos en ambientes propicios y con la supervisión necesaria, para que su proceso de enseñanza aprendizaje no sólo involucre aportes académicos, sino formación para la vida en comunidad.

La metodología implementada fue de corte hermenéutico con un enfoque cualitativo a partir del método deductivo, es decir una metodología propositiva y bibliográfica que hiciera posible identificar, analizar y comprender los instrumentos normativos y jurisprudenciales existentes con relación a las circunstancias que rodean el objeto de investigación. Se partió del estudio de los datos recolectados mediante una técnica documental, que en su totalidad son de tipo descriptivo.

I. DEBERES DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES CERTIFICADAS POR EL MEN, EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN BÁSICA Y BÁSICA MEDIA.

En Colombia, la educación es considerada un derecho fundamental y un servicio público, dando paso a un Estado educador que asume su competencia a través de la dirección del servicio, con la adecuada coordinación y articulación de medios, instituciones, proyectos y propuestas que en conjunto garantizan la efectividad de la función social y logran hacer realidad la necesidad del interés general, tal como lo indica la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 67 (Constituyente, 2018) al afirmar que: *“la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”*. De esta manera corresponde al Estado garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los estudiantes las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

Posterior a la expedición de la Constitución de 1991 y con miras al funcionamiento adecuado del servicio público de educación, se les otorgó a los municipios y a las dependencias de su organización mediante la Ley 60 de 1993, artículo 2 (Congreso de Colombia, 1993), administrar los servicios educativos estatales desde preescolar hasta la educación básica media, ejerciendo competencias tales como la inspección, vigilancia, supervisión y evaluación de los servicios educativos y en consonancia con lo anterior, mediante la Ley 115 de 1994, artículo 147 (Congreso de Colombia, 1994), se estableció que: *“La Nación y las entidades territoriales ejercerán la dirección y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución Política, la Ley 60 de 1993...”*.

Se hace necesario indicar que las competencias de inspección y vigilancia según la Ley 115 de 1994, artículo 171 (Congreso de Colombia, 1994), a nivel local se pueden ejercer por las Secretarías de Educación, y son entendidas como una función de estado, que se ejerce para verificar que la prestación del servicio educativo se cumpla dentro del ordenamiento constitucional, legal y reglamentario. Tienen como fin velar por la calidad educativa, por la observancia de sus fines, el desarrollo adecuado de los procesos pedagógicos y el aseguramiento a los educandos de las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. Es decir, son funciones que se ejecutan mediante la evaluación de la totalidad o de parte específica de los procesos que desarrollan los establecimientos educativos, frente a las normas que deben cumplir.

Así las cosas, en la actualidad el servicio público de educación corresponde a un servicio descentralizado, en cabeza de las entidades territoriales certificadas, quienes deben asumir y responder por una serie de deberes y obligaciones que garantizan la efectividad y calidad en la prestación del servicio y le otorgan mayor estructura y solidez a la educación. Con el fin de reforzar los objetivos y principios del sistema educativo, mediante el Decreto 1075 de 2015 (Colombia, 2015) se ratificó que dicho sistema está compuesto principalmente por establecimientos educativos oficiales, comprendiendo estos como aquellas instituciones y centros educativos (incluida la totalidad de sus sedes), que son administradas por las entidades territoriales certificadas en educación, a través de su secretaría de educación.

Sin embargo, ante la manifestación de necesidades, orientadas principalmente a resolver los problemas de cobertura y eficiencia administrativa del sector educativo, el citado decreto 1075 de 2015 (Colombia, 2015) también abre las posibilidades para que únicamente cuando los establecimientos oficiales enfrenten insuficiencias o limitaciones en las instituciones, se contrate la prestación del servicio con planteles privados que tengan experiencia y calidad. La contratación del servicio

educativo está referida al uso eficiente de la capacidad oficial, de tal manera que se puede acudir a esta estrategia solo cuando sea necesaria, es decir, cuando en el sector oficial no haya cupos disponibles o haya limitaciones para su uso.

Teniendo claro que la educación básica y básica media en Colombia, en términos generales, está orientada por establecimientos oficiales administrados por las secretarías de educación, y que, en casos excepcionales podrán contratarse servicios con instituciones privadas, es relevante aclarar que el objeto del presente artículo gira entorno a la prestación del servicio público de educación en instituciones oficiales y que en términos de esa prestación del servicio, los deberes de las entidades territoriales responsables no solo son los enmarcados en la legislación nacional (inspección, vigilancia, supervisión y evaluación) sino que organismos internacionales también han tomado partido con relación a este tema.

Tal es el caso de la Organización de Naciones Unidas (Naciones Unidas, 2018) que mediante su informe sobre desarrollo humano, ha manifestado la obligación de los estados de hacer posible el acceso a la educación de todos los niños, pero sobre todo de garantizar que la prestación de ese servicio y el ejercicio del derecho, proporcione contextos de aprendizaje que respeten y enseñen el valor de los derechos humanos.

Lo antes mencionado, ratifica y acentúa aquello consignado en la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 44, (Constituyente, 2018) cuando afirma que: *“...La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos...”* Entonces, se puede afirmar que el rol de prestador de servicio público de educación dirigido por las secretarías de educación, lleva inherente una serie de deberes relacionados estrictamente con el cuidado y la protección de los educandos.

Precisamente en el marco de las acciones y omisiones de los establecimientos educativos, en repetidas ocasiones el Consejo de Estado ha considerado una serie de elementos que denotan la responsabilidad de dichas entidades territoriales frente a sus alumnos, tomando como fundamento la Ley 57 de 1873, artículo 2347, (Constituyente, 2018) donde se 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”*, es decir, en medio del ejercicio del derecho a la educación, todos los actores se revisten de potestades y deberes que garantizan la formación idónea de los educandos, pero la mayor obligación radica en el cuidado y control que requiere su protección. Así lo concluyó el Consejo de Estado, Sentencia 14.869 de 2004 (Sentencia - Consejo de Estado, 2004):

“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”

Si bien es cierto, las nuevas tendencias de educación y pedagogía propenden por el reconocimiento y respeto de la libertad y la autonomía de las Instituciones Educativas, ello no obsta para que, mediante la implementación y el cumplimiento del deber de cuidado y vigilancia de los menores, se adopten las medidas necesarias para garantizar su integridad respetando desde luego la independencia que se les otorga. Como ampliación de lo anterior, el Consejo de Estado en Sentencia 18627 de 2010 (Sentencia - Consejo de estado, 2010), de manera precisa hizo alusión a que los centros educativos se convierten en garantes y adquieren la obligación de responder por los actos del estudiantado que pudieran lesionar derechos propios o ajenos.

Es decir, a las autoridades educativas de los establecimientos oficiales, encabezadas por las secretarías de educación, los reviste un deber de protección y

cuidado con respecto a los alumnos que se encuentran a su cargo, de tal suerte que se garantice su seguridad y se vigile su comportamiento con miras a evitar la producción de daños propios o ajenos, deber que surge simple y llanamente porque los estudiantes se encuentran bajo la tutela de los directivos y docentes durante su permanencia en las instalaciones educativas.

Un sistema educativo direccionado por las entidades descentralizadas en representación del Estado, debe estar basado en la implementación y garantía de los derechos humanos. La interacción y participación en su construcción, mantenimiento y supervisión, requiere de alto grado de cuidado y vigilancia por parte de las instituciones, docentes y directores sobre los educandos, para propiciar entornos de aprendizaje adecuados a partir de criterios de protección y salvaguardia de los alumnos que permitan el logro de una educación con calidad y un desarrollo humano integral.

II. EL ACOSO ESCOLAR COMO COMPORTAMIENTO EN EL ENTORNO EDUCATIVO Y LOS DAÑOS QUE GENERA EN SUS VÍCTIMAS

Como se venía denotando, el elemento esencial para la prestación del servicio y el ejercicio adecuado del derecho a la educación, tiene origen en la convicción y compromiso del Estado, de la familia y de la sociedad, con respecto al apoyo y protección de los educandos, propiciando ambientes adecuados a partir del fortalecimiento del cuidado y del reconocimiento de la autonomía. Sin embargo, como lo advirtió Andrew Tolmie (Tolmie, 2016), Psicólogo de Desarrollo de la University College London UCL, el Foro Educativo Nacional 2016, el entorno escolar tiene gran influencia en el desarrollo de un estudiante, sin dejar atrás el hecho de que la interacción hoy en día es compleja; es importante para el ambiente escolar de los estudiantes, que ellos mismos vayan encontrando la forma de conformar sus grupos de trabajo teniendo claros límites sobre los deberes y derechos que se requieren para compartir en sociedad.

En medio del ejercicio propio de la educación, en los entornos escolares surgen múltiples manifestaciones de relacionamiento entre sus actores, tal es el caso de la violencia interpersonal. El acoso escolar es un fenómeno que ataca con agresividad la convivencia en las aulas del mundo entero, causando lesiones y daños, en ocasiones irreparables. Respecto al estudio del fenómeno de acoso escolar, es preciso mencionar que de conformidad con (Castillo, 2011), en el plano nacional y en el internacional se vislumbran dos grandes períodos con alta influencia del fenómeno.

El primero comprende los años ochenta y noventa donde se evidenciaba la incidencia del contexto social, los actores, el origen, las manifestaciones, las consecuencias y los factores que influyeron en la violencia de la escuela. En el segundo período, del año 2000 en adelante, la casuística condujo a estudios que se orientaban a la comprensión del fenómeno desde una perspectiva más integral, en la cual, se empezaron a tener en cuenta la voz de los actores y sus diferentes formas de comprender la realidad, que condujo al comportamiento agresivo en el entorno escolar.

En el estudio del acoso escolar intervienen múltiples factores asociados con los orígenes, el contexto social y cultural, la procedencia familiar, y el nivel socioeconómico de los sujetos involucrados y de la institución escolar en la cual ejercitan su derecho a la educación, en ese orden de ideas, algunos análisis detallados han arrojado afirmaciones tales como:

“Los estudios psicoeducativos han focalizado su interés en los procesos personales e interpersonales implícitos y explícitos en el complejo fenómeno de la agresividad, la conducta agresiva, la victimización y la conducta violenta, en sus diferentes matices. Esta línea ha sido hábil en la descripción de factores sociales vinculados a estos fenómenos, describiendo condiciones de riesgo, como la pobreza, las características de

la juventud, los fenómenos migratorios y su incidencia en estos problemas”
(Blaya & Debarbieux, 2005).

En Colombia tal vez una de las personas que más ha abordado el tema de la violencia en las aulas, es el doctor en educación y profesor de la Universidad de los Andes, Enrique Chaux, quien de manera permanente estudia y analiza el fenómeno del acoso escolar y su incidencia en el desarrollo personal de las futuras generaciones del país. En uno de sus estudios indicó que el centro escolar, si se quiere, representa el espacio o contexto donde se manifiestan los síntomas de una realidad social altamente compleja. Por tanto, buscar solo en los establecimientos educativos la raíz de los conflictos es una pérdida de tiempo y caminar en una dirección equivocada, es allí donde hay que involucrar de manera contundente al Estado colombiano (Chaux, 2003).

Es importante tener en cuenta, que el entorno social de manera repetitiva identifica la violencia como una forma de comportamiento normal, a través del cual simplemente se fortalecen personalidades. Las situaciones de violencia en los entornos escolares van más allá de los episodios concretos y puntuales de agresión y victimización, en realidad lo que revisten son conflictos o insatisfacciones que se resuelven sin ser socializados y que en medio de su resolución la víctima recibe las agresiones de otro de manera sistemática y llega a convertirse en su víctima habitual.

El acoso escolar según Dan Olweus (Olweus, 1993), es una forma específica de maltrato entre escolares, que se caracteriza por ser intencionado y persistente sin que medie posibilidad de respuesta. Los agresores suelen actuar movidos por el deseo de poder, de intimidar, de dominar, mientras que la víctima está indefensa, sin posibilidad de respuesta ni apoyos.

Para Castells (Castells, 2013), las posiciones de víctima o victimario son conductas aprendidas en casa y reforzadas desde su infancia a través de los medios o la violencia callejera de la sociedad y según Onetto (Onetto, 2005): *“la violencia*

escolar no es un problema que se soluciona sólo con mejores políticas” (p.1124). A las instituciones de educación se le han encomendado multiplicidad de tareas, pero la convivencia es quizás en la actualidad, su mayor preocupación ya que ésta afecta directamente su funcionamiento, el progreso académico y el bienestar emocional de la comunidad educativa.

De acuerdo con la Organización Internacional Aldeas Infantiles SOS Colombia, 2012 (Organización Internación Aldeas Infantiles S O S Colombia, 2018):

En el país se estima que 1 de cada 5 niños es o ha sido víctima de intimidaciones y malos tratos por parte de sus compañeros de clase de manera agresiva, deliberada y repetitiva, es decir, de 55 mil menores de edad, pertenecientes a 589 municipios, el 29% de los estudiantes de 5° y el 15% de 9° manifestaron haber sufrido algún tipo de agresión física o verbal de parte de algún compañero.

Las cifras anteriores permiten vislumbrar que la problemática del acoso escolar, requiere por parte de la sociedad una toma de medidas o alternativas de solución que ataquen de raíz estas intimidaciones, dado que sin control pueden terminar siendo nefastas en los menores, generando que el clima de las instituciones sea angustiante e inseguro, dominado por las relaciones violentas y causando daños de toda índole, por ejemplo, en las víctimas se ha encontrado un funcionamiento psicológico mermado y suelen mostrar elevados niveles de agresividad.

Las víctimas se ven afectadas a nivel físico y emocional por el acoso escolar y la discriminación, ellas se caracterizan por ser inseguras y sumisas, muestran tendencias al neocriticismo e introversión, y se caracterizan por tener baja autoestima, además pueden presentar trastornos de comportamiento como rabietas, negativismo, fobias y miedos hacia la escuela con conductas de evitación, alejándose del círculo de compañeros hasta encontrarse en una situación de gran aislamiento (Rodríguez Piedra, Secane Lago, & Pedreira Massa, 2006)

Según (Perez, 2004), las víctimas de acoso escolar tienen mayor incidencia de sintomatología de carácter ansioso, depresivo, baja autoestima y deseo de muerte. Incluso muchos expertos se han manifestado con relación a las implicaciones y resultados que puede arrojar este tipo de comportamientos en los estudiantes, concluyendo que las afectaciones de carácter psicológico, afectivo y comportamental terminan generando altas tendencias al suicidio (Zubiría, 2009). Es por esto que el acoso escolar debe ser prevenido, mitigado y acompañado por las instituciones en calidad de representantes del estado garante y prestador del servicio público de educación, dado que, ante el indebido acompañamiento o la nula prevención, lo que surge como consecuencia ha de ser un daño a otro usuario del mismo servicio.

Bajo esta línea, Enrique Chaux (Chaux, 2012), formuló varios interrogantes sobre el papel de la escuela como templo del saber y de la formación de ciudadanos para la democracia y la paz, sobre la posible relación entre la violencia nacional con la violencia escolar, la mala organización, la falta de dirección y la mala calidad de la educación cotidiana, hechos que recaen en los estudiantes; incluso se preguntó sobre la responsabilidad del Estado garante al permitir que dentro de los establecimientos de educación se gesten y desarrollen manifestaciones de violencia entre pares y entre los maestros y los estudiantes generando daños por doquier.

Trabajos como el de Carlos Medina Gallego corroboran la percepción de Enrique Chaux, sobre la relación entre el contexto social y la escuela, y la manera como ésta incide en la violencia. Este autor declara:

“Existen jóvenes altamente desadaptados que en forma violenta disponen el ordenamiento interno de la escuela a su favor. Amenazan a sus compañeros, buscan el lado débil de los maestros, los acosan e intimidan, incluso llegan a agredirlos. Son estudiantes que provienen de un ambiente en el que han ‘madurado’ en el manejo de la fuerza y la intimidación y cargan un acumulado de experiencias que les permiten controlar situaciones e

imponer ordenamiento en el microcosmos de la vida escolar y fuera de ella”
(Medina, 1991).

La manifestación y materialización de este tipo de conductas hacen necesario y relevante el acompañamiento por parte de las familias y la sociedad; adicionalmente la vigilancia y el cuidado sobre los estudiantes por parte de las instituciones oficiales como deber constitucional y legal, tal como lo establece la Ley 1098 de 2006, artículo 43 (Congreso de Colombia, 2006): *“Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar”*.

Si se llega a probar y acreditar la falta de prevención, control y tratamiento de ese cúmulo de comportamientos por parte del Estado garante como consecuencia de la inaplicación de rutas de atención, esta conducta puede traducirse en una omisión y conducir directamente a la lesión de derechos, propiciando daños antijurídicos, que según el Consejo de Estado, Sentencia 31412 de 2015 (Sentencia - Consejo de Estado, 2015) se está en presencia de estos, cuando la producción de ese daño no se encuentra justificada por título jurídico válido alguno, es decir, que la administración no está legitimada para causar dicho daño, y por ende el administrado no está en la obligación de soportarlo. El caso del acoso escolar parece acoplarse a esa condición, toda vez que los estudiantes víctimas de estas conductas no están en el deber de soportar esos daños que, como vimos en líneas anteriores, son de gran envergadura.

A pesar de los daños que pueden generar los comportamientos lesivos en los entornos escolares, se hace necesario reiterar que la omisión del Estado garante y las entidades descentralizadas debe ser probada, porque el título de imputación aquí planteado no es otro que el de falla probada, dado que para endilgar responsabilidad, se debe ofrecer al juzgador información fiable sobre la verdad de

los hechos, ya que al comienzo de un proceso se presentan enunciados fácticos caracterizados por un estado de incertidumbre, lo cual permite concluir que decidir sobre los hechos significa resolver esa incertidumbre y determinar, a partir de los medios de prueba presentados, si se ha producido la verdad o la falsedad de esos enunciados (Taruffo, 2008)

En la Constitución Política de Colombia, artículo 90 (Constituyente, 2018), se establece la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, teniendo como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo. Nuevamente, para hablar de esa imputación, se hace necesario acreditar una falla probada derivada de la omisión y por ello todos los intervinientes deben aportar las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. Esto último, introducido por el Código General del Proceso (Colombia C. d., 2012), en su artículo 167, a saber: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. (...)”*.

Si bien, podría argumentarse en un principio que el daño en los casos de acoso escolar, es producido materialmente por un tercero, por lo que se podría configurar una supuesta causa extraña, lo cierto es que las Instituciones Educativas oficiales asumen posición de garante institucional frente a los alumnos y, por lo tanto, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado su omisión resulta perfectamente equiparable a la acción lesiva siempre que se pruebe la falla a partir de la inoperancia de programas de promoción y prevención. En otros términos, la posición de garante permite en estos escenarios construir el juicio de atribución normativa en cabeza del Estado y, concretamente, del centro educativo.

Es decir, el acoso escolar consiste en una serie de comportamientos y hostigamientos sistemáticos y frecuentes que se originan en las Instituciones de Educación, entornos en los cuales los estudiantes están bajo el cuidado y la protección de los docentes y directivos. Como consecuencia del acoso escolar, sus víctimas sufren daños psicológicos y afectaciones a la vida que deberían ser prevenidos, mitigados y controlados por los prestadores del servicio público de educación como deber correlativo del ejercicio del derecho por medio de la implementación adecuada de programas de promoción, prevención y tratamiento que se prueban mediante la identificación, registro y seguimiento de los casos de acoso escolar.

III. LA POSICIÓN DE GARANTE DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LOS CASOS DE ACOSO ESCOLAR

Tal como se indicó en el anterior capítulo, los entornos escolares también sufren dificultades de convivencia que repercuten directamente en sus actores más indefensos, esto es: los estudiantes. Precisamente, por la especial protección que merecen estas personas, es que se le atribuye el deber de cuidado y vigilancia a las Instituciones de Educación supervisadas por las entidades descentralizadas certificadas por el MEN Consejo de Estado, Sentencia 37994 de 2016 (Sentencia - Consejo de estado, 2016).

Atendiendo el postulado anterior, en marzo de 2013 fue sancionada la Ley 1620 (Congreso de Colombia, 2013) que creó el “*Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos y la Prevención y la Mitigación de la Violencia Escolar*”. El objetivo de esta Ley es, por un lado, promover la formación ciudadana y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de los estudiantes y miembros de la comunidad escolar. Por otro lado, busca crear mecanismos que permitan la promoción,

prevención, atención, detección y manejo de las conductas que vayan en contra de la convivencia escolar en las instituciones educativas; pretende aunar esfuerzos para que los padres interactúen de manera permanente en el desarrollo e interrelación de los menores, aceptando que las situaciones de convivencia con corresponsabilidad de las familias y el Estado.

Con sustento en los principios de participación, corresponsabilidad, autonomía, diversidad e integralidad y con la intencionalidad de facilitar su aplicación, Ley 1620 de 2013 creó el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y formación para los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar —SNCE— fundamentado en la dignidad humana cuyos objetivos son los de propender por el fortalecimiento y articulación de acciones en las diferentes instancias del gobierno para garantizar la protección integral de niños, niñas y adolescentes.

La estructura del SNCE está constituida por instancias en los niveles nacional, territorial y escolar; cada nivel se integra por comités de convivencia con directrices para su conformación y la elección de sus representantes, quienes, entre otras, asumirán el deber de velar por la Ruta de Atención Integral —RAI— en sus cuatro componentes: prevención, promoción, atención y seguimiento. Pese a la robusta estructura de la Ruta Integral, para el caso concreto es importante analizar en detalle los componentes de prevención y atención, que de conformidad con la ley se establecen como:

El componente de prevención deberá ejecutarse a través de un proceso continuo de formación para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente, con el propósito de disminuir en su comportamiento el impacto de las condiciones del contexto económico, social, cultural y familiar. Incide sobre las causas que puedan potencialmente originar la problemática de la violencia

escolar, sobre sus factores precipitantes en la familia y en los espacios sustitutos de vida familiar, que se manifiestan en comportamientos violentos que vulneran los derechos de los demás, y por tanto quienes los manifiestan están en riesgo potencial de ser sujetos de violencia o de ser agentes de la misma en el contexto escolar (Ley 1620 de 2013, artículo 30) (Congreso de Colombia, 2013)

Las Instituciones oficiales de Educación, en conjunto con su planta docente deben asumir conductas de identificación, registro y seguimiento de posibles casos de acoso, violencia escolar y vulneración de derechos sexuales y reproductivos; es decir, la implementación adecuada de este componente, puede ser aprovechada por las instituciones para autoevaluarse y tomar decisiones que los lleven a cumplir los objetivos planteados en materia de convivencia; conocer el estado de la convivencia; hacer investigación y establecer un sistema de alertas y acciones tempranas. Es importante mencionar, que la falta de acciones o medidas por parte de la Institución frente al conocimiento del hecho, resulta ser un factor determinante para atribuir responsabilidad.

Adicionalmente, también es necesario analizar el componente de atención, definido por la ley así:

“El componente de atención deberá desarrollar estrategias que permitan asistir al niño, niña, adolescente, al padre, madre de familia o al acudiente, o al educador de manera inmediata, pertinente, ética e integral, cuando se presente un caso de violencia o acoso escolar o de comportamiento agresivo que vulnere los derechos humanos, sexuales y reproductivos, de acuerdo con el protocolo y en el marco de las competencias y responsabilidades de las instituciones y entidades que conforman el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para los Derechos Humanos,

la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar. Este componente involucra a actores diferentes a los de la comunidad educativa únicamente cuando la gravedad del hecho denunciado, las circunstancias que lo rodean o los daños físicos y psicológicos de los menores involucrados sobrepasan la función misional del establecimiento educativo". (ibídem)

Conduce lo anterior a determinar que, en cada uno de los niveles, las instituciones y entidades que conforman el Sistema Nacional de Convivencia Escolar, están en el deber legal y constitucional de garantizar la atención inmediata y pertinente de los casos de violencia escolar o acoso, aplicando el principio de protección integral a los niños, niñas y adolescentes con el despliegue necesario de medidas y estrategias enfocadas al cumplimiento del deber de cuidado y vigilancia mediante la aplicación de protocolos internos de los establecimientos educativos, o mediante la activación de protocolos de atención de otras entidades que integran el Sistema Nacional de Convivencia Escolar (ICBF, Sistema General de Seguridad Social en Salud, Policía de Infancia y Adolescencia, entre otros).

Es necesario advertir que al Estado se ha atribuido la función de *“garantizar la eficacia de los principios, derechos y deberes”*, deber consagrado en la Constitución Política de Colombia, artículo 2 (Constituyente, 2018); lo que implica, desde el plano normativo, que el Estado está en la obligación de respetar, proteger y desarrollar o promover los derechos constitucionales.

Con relación a la doble connotación de la educación, al describirla como derecho fundamental y servicio público, el artículo 67 de la Constitución Política (Constituyente, 2018) de Colombia fija en el Estado la carga de asegurar su prestación, es decir, define al Estado como garante de la prestación de estos servicios públicos. Es precisamente de esa disposición que se crea en cabeza del Estado una posición de garante, puesto que en la prestación de un servicio público se pueden generar daños derivados del acoso escolar.

Lo precedente supone abordar la atribución fáctica de esas lesiones con miras a establecer si, en virtud de la relación de especial sujeción, del Estado con los alumnos del servicio educativo, es posible predicar la existencia de un deber de evitar daños, reiterando que la falta de acciones con relación a la implementación de programas de prevención, control y tratamiento por parte de la Institución frente al conocimiento del hecho, resulta ser un factor determinante para atribuir responsabilidad.

Por posición de garante debe entenderse aquella situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho, Consejo de Estado, (Sentencia - Consejo de estado, 2007). En otros términos, cuando el Estado asume posición de garante está compelido a evitar un daño y, no hacerlo, equivale a producirlo materialmente, lo que denota que se trata de un constructo eminentemente normativo en el plano de la responsabilidad.

Así las cosas, en el caso que nos compete, la posición de garante del Estado halla su fundamento en el deber constitucional y legal de cuidado y vigilancia de los menores que ostentan las instituciones de educación supervisadas por las entidades descentralizadas certificadas por el MEN, máxime si, las Instituciones oficiales supervisadas por las entidades descentralizadas conocen los hechos que denotan en acoso escolar y pese a ese conocimiento no se activan las rutas necesarias para prevenir o evitar el daño y en este punto de la situación, pese a la corresponsabilidad de la familia y la sociedad en la formación y el cuidado de los menores, estos se encuentran bajo el completo cuidado y vigilancia de las Instituciones oficiales.

La posición de garante de las Instituciones de Educación, significa que éstas están vinculadas con mandatos de respeto y protección de los menores, a fin de impedir

que ocurran determinados riesgos derivados del acoso escolar, riesgos que han sido previstos por la Ruta de Atención Escolar precitada. Con respecto a los riesgos y al Estado Garante, se han analizado casos similares en el sector de la salud por parte de la (Sentencia - Corte Constitucional, 2003), donde se indicó que los riesgos se derivan de la no atención total y oportuna de las necesidades de salud de sus respectivos afiliados.

Es decir, en el caso del acoso escolar, no se exige que se impida el riesgo básico, lo que se requiere es que el Estado Garante aplique con rigurosidad los deberes y funciones de la Ruta de Atención que fueron creados, precisamente, para proteger a los menores contra los riesgos específicos de la convivencia escolar. Atendiendo a lo anterior, es indispensable probar que una vez conocido el hecho detonante de acoso escolar, se activó la ruta de prevención, atención y tratamiento, permitiendo evidenciar que la Institución oficial se puso al frente de la situación procurando la protección del menor, de lo contrario, se logra vislumbrar responsabilidad por parte del Estado Garante. En este caso la atribución del daño derivado del acoso será atribuible a partir de un criterio puramente normativo a partir de la teoría de la imputación objetiva del nexo causal.

Después de haber probado que la institución oficial en cabeza de la secretaria de educación, cometió una falta al no realizar la debida identificación, registro y seguimiento de los casos de acoso escolar y como consecuencia no existieron programas de prevención, control y tratamiento que garantizaran el cuidado y la vigilancia de los menores, es posible afirmar que la omisión resulta perfectamente equiparable a la acción lesiva por tratarse del Estado en calidad de garante, y es por ello debemos conducirnos a las teorías del nexo causal.

Según el Consejo de Estado, (Consejo de Estado, 2012) el nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado

y declarar responsabilidad como consecuencia de una acción u omisión, es indispensable definir la causa-efecto, es decir, el nexo causal es la relación entre la acción que determina un daño o la omisión de la acción y el daño propiamente dicho; esta relación de causalidad es imprescindible para reclamar los daños causados al autor o responsable.

Establecida la necesidad de estudiar el nexo causal y de fijar las características que lo identifican y diferencian en la producción de un resultado, es indispensable abordar, aunque sea someramente, varias teorías que conducen a atribuirle un valor aplicable a los casos que se quieren solucionar. En primer lugar, encontramos la teoría de la “equivalencia de condiciones” o *conditio sine qua non* —expuesta por Maximiliano Von Buri en 1860 y que constituye el punto de partida de las demás teorías causales.

Claudia López (López, 2004) indica que esta teoría supone la ocurrencia de un fenómeno o consecuencia que está precedida de varias causas, las cuales tienen el mismo valor en la producción del daño. Por tanto, cuando se tiene un daño, para saber cuál fue la causa verdadera que lo produjo, se eliminan mentalmente cada una de las causas posibles, y cuando se suprime mentalmente un hecho que hace que el daño no se produzca, se llega a la causa verdadera. Sin embargo, como consecuencia de su ineficacia, esta teoría condujo a otras tesis quedando abandonada.

La siguiente teoría que abordaremos será la denominada causalidad adecuada, introducida por Ludwig Von Bar, desarrollada por Johannes Von Kries y estudiada por Hugo Andrés Arenas (Arenas, 2014) quien afirma que esta teoría parte de la existencia de varias causas, buscando responder con mayor precisión cuál es la conducta o el hecho que genera el daño y expresa que para seleccionar la causa adecuada, se requiere excluir las causas que por su naturaleza son indiferentes para que surja un daño.

Según esta, es necesario primero identificar todas las causas de la producción del daño y una vez ello se realice, debe hacerse un juicio de probabilidad en abstracto, teniendo en cuenta reglas de la experiencia, para establecer si es normal que la conducta realizada pueda producir el daño ocasionado, es decir, que tenga una especial característica para ocasionar el efecto lesivo. Al respecto, el Doctor Ramiro Saavedra, considera que son tres las grandes cuestiones que se debaten en torno a esta teoría, a saber: (i) La formación de las bases del juicio de adecuación. (ii) el grado de tendencia necesario para afirmar que la conducta es adecuada. (iii) La determinación del resultado (Saavedra, 2003).

Sin embargo, en pronunciamientos recientes que se analizarán en las siguientes líneas, el Consejo de Estado ha aplicado la teoría de la imputación objetiva, desde la perspectiva tanto de la creación de un riesgo no permitido como desde el desarrollo de la posición de garante, teniendo en cuenta que esta advierte que la causalidad no es un problema jurídico sino, de hecho.

Tal como lo advierte Carlos Pinzón (Pinzón Muñoz, 2018), esta teoría parte de la condición de que en la fase inicial se debe hacer una operación similar a la de la teoría de la equivalencia de condiciones. Una vez realizado lo anterior, se debe mirar una serie de criterios que llevan a que no se impute la conducta a la persona como lo son los siguientes: a) Criterio de adecuación: Se hace un juicio de valor ex ante en donde solo se imputará el daño a aquella persona cuya conducta resulta muy probable como causa del daño; b) El riesgo general de vida: En toda sociedad hay unos riesgos permitidos inherentes a la existencia de la sociedad y al momento histórico; c) Prohibición de regreso: según este criterio a una persona no le es imputable el daño, cuando con su conducta concurren causas anormales o extravagantes que llevan a la generación de éste, entre otras.

Teniendo como fundamento la posición de garante decantada en líneas anteriores, es pertinente analizar si dicha posición en el caso de acoso escolar, proviene de la creación de los riesgos por parte de la Institución de Educación o simplemente deviene de roles institucionales, todo esto atendiendo a Günther Jakobs. *Behandlung Abbruch* citado por la Corte Constitucional SU 1184 de 2001 (Sentencia - Corte Constitucional, 2001), quien afirmaba que existen unos deberes de seguridad de tráfico y unos deberes que provienen de instituciones básicas para la estructura social, como se ilustran a continuación.

En medio del relacionamiento natural con el entorno, existen roles mediante los cuales es posible generar daños, pero en esos casos se debe acudir a unos deberes de tráfico, entendidos como aquellas medidas por las cuales se evita la producción de daños que superen los límites, en caso que esas medidas fallen, surgen los deberes de salvamiento o negativos, que conducen a la revocación o en el peor caso, a la mitigación del riesgo provocado por medio de afectación a los bienes jurídicos, bajo estas circunstancias, los deberes no surgen como resultado de un comportamiento solidario, sino como consecuencia de la creación del riesgo.

Situación diferente ocurre con las Instituciones creadas por el Estado e impuestas al ciudadano, como es el caso de las Instituciones de Educación y todo el sistema educativo, dado que en medio del relacionamiento del Estado - Ciudadano, el primero está en el deber de prestarle ayuda al segundo y protegerlo contra todo tipo de peligro que lo amenace, sin importar que el riesgo lo ocasione el Estado o un tercero. Estos deberes del Estado, según la Corte Constitucional SU 1184 de 2001 (Sentencia - Corte Constitucional, 2001) son denominados deberes institucionales, que se estructuran aunque el garante no haya generado el peligro, en esos casos, con el fin de cumplir estos deberes positivos, el garante, puede invadir ámbitos ajenos para proteger el ciudadano ante ciertos riesgos.

En efecto, con la precisión de conceptos emitidos por la Corte Constitucional, se puede hacer un análisis con respecto al sistema colombiano de educación, fundamentado en los deberes institucionales que asume el Estado en posición de garante frente a los menores, como consecuencia del deber de cuidado y vigilancia estipulado en la norma y ratificado en la Ruta de Atención Integral para la convivencia escolar. Es decir, si la convivencia escolar genera inminentes riesgos en los educandos, riesgos que fueron estudiados en el segundo capítulo, el Estado Garante está en el deber institucional de prestarle ayuda y protegerlo por el sólo vínculo con la Institución Estatal, pese a no haber sido el Estado quien propiciara el riesgo.

El principal parámetro que debe cumplir el Estado en su calidad de garante, es la habilitación de la ruta de atención mediante protocolos de prevención, control y tratamiento que garanticen el cuidado y la vigilancia de los menores, cuando se logra probar el abandono o desacato de la ruta, se evidencia que se incumplieron deberes institucionales abriendo puertas para la aplicación de la teoría de imputación objetiva en cuanto al nexo causal, construida sobre la posición de garante, predicable tanto de las acciones como de las omisiones, es decir, la realización externa de la conducta del Estado Garante, determinando si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, se requiere entonces demostrar si la Institución Educativa ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante frente al acoso escolar.

Para hablar de imputación hemos revisado la relación causal mediante la aplicación de las teorías que ha elaborado la doctrina y que ha recogido la Sentencia 29764 de 2013 del Consejo de Estado (Sentencia - Consejo de Estado, 2013) y que de acuerdo con el profesor Juan Carlos Henao se puede describir como: *“la atribución jurídica de un daño a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder”*. La imputación se estructura luego de haberse descubierto el nexo

causal. Se afirma lo anterior, en la medida en que se debe tener claro que bien puede haber existido una causalidad desde el punto de vista material o físico, lo que no necesariamente implica que quien causó materialmente el daño sea quien jurídicamente deba responder.

En consonancia con la jurisprudencia citada, en lo que concierne a las Instituciones de Educación en los casos de acoso escolar cuando no se atiende a lo establecido en la Ruta de Atención para la Convivencia Escolar, aunque los agentes estatales no participan de forma directa en la causación del daño, en tanto no lo han producido materialmente, ni figuran como partícipes, lo cierto es que con su omisión sí propiciaron o permitieron que personas ajenas a la administración lo causaran.

En otros términos, en los casos de acoso escolar el Estado asume posición de garante institucional por la desatención de los roles que le son inherentes y que se derivan de la Ruta de Atención para la Convivencia Escolar. En este orden de ideas, el daño si bien fue generado por un tercero, resulta atribuible al Estado por el desconocimiento del deber de vigilancia y cuidado puesto que el daño que se trata se produjo como consecuencia del riesgo extremo a que se vieron sometidos los estudiantes de las Instituciones oficiales, cuando no se da aplicación a la Ruta de atención integral, considerándose esta una grave omisión.

En este caso, la posición de garante permite la posibilidad de atribuirle responsabilidad por un daño, en principio, causado por la acción de un tercero o por un hecho, pero que le es imputable al Estado en la medida que se encontraba conminado a intervenir para impedir que el evento dañoso sucediera. En otras palabras, la posición de garante justifica el imputar un daño ante un comportamiento omisivo, de manera pues que se reputa autor también a quien se abstuvo de intervenir. Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2000 (Sentencia - Corte constitucional, 2000).

En los casos de acoso escolar, entre el sujeto llamado a responder por su no actuar –omisión- y el afectado por el daño antijurídico, existe una relación de protección y cuidado, que se estructura por una obligación de intervención del primero, que es exigida como conducta positiva –hacer-, ante determinadas circunstancias que crean ese deber de acción, en aras de evitar que el segundo sea vulnerado en sus derechos. Tal como lo indica el Consejo de Estado, Sentencia 22679 de 2011 (Sentencia - Consejo de estado, 2011), donde señala que la garantía del Estado se activa como figura normativa de la imputación al obligado de una protección, en este caso frente al acoso escolar y se le atribuyen en consecuencia, conductas dañinas desplegadas por terceros o por hechos, por tanto se perfecciona la imputación objetiva del nexo causal como elemento estructural de la responsabilidad del Estado.

IV. CONSECUENCIAS DE LA FALLA EN EL SERVICIO DERIVADA DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE CUIDADO Y VIGILANCIA POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS DE EDUCACIÓN

Tal como se ilustró en las líneas del capítulo anterior, con la expedición de la Ley 1620 de 2013 (Congreso de Colombia, 2013) y su reglamentación contenida en el Decreto 1965 de 2013 (Colombia C. d., Decreto 1965 , 2013), el Estado, representado por las entidades territoriales certificadas por el MEN, asumió la posición de garante frente a los daños que se originan respecto de la prestación del servicio público de educación básica y básica media; en efecto al asumir dicha posición, tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la Ruta de Atención Integral para la convivencia escolar, que contiene como mínimo cuatro componentes: i) promoción, ii) prevención, iii) atención y iv) seguimiento, elementos que fueron detallados en el capítulo precedente.

En Colombia uno de los casos que detonó el estudio sobre el cumplimiento de la Ruta de Atención integral de la convivencia escolar, fue el presentado mediante la Sentencia 38466 de 2017 del Consejo de Estado (Sentencia - Consejo de estado, 2017), con el estudiante Sergio Urrego en 2014, quien fue víctima de discriminación sexual y la crisis emocional lo llevó a tomar la fatal decisión del suicidio. En este caso el Consejo de Estado, enfatizó sobre los deberes de los establecimientos de educación con respecto a la responsabilidad por las actuaciones u omisiones en las que incurren, considerando que la misma deviene de las obligaciones de vigilancia y control que el garante (colegio o escuela) ejerce respecto de las personas puestas bajo su custodia.

Tal como lo indica el estudio de la Universidad de Antioquia denominado Convivir Pazíficamente (Puerta, 2015), aunque la Ley 1620 establece una ruta para asumir integralmente las situaciones de conflicto y de violencia en la escuela, ésta nunca será suficiente si no existe una amplia difusión de la norma y si no hay apropiación y conciencia de sus intencionalidades por parte de las Instituciones; si no se emprenden las acciones que correspondan a sus contenidos y si los actores educativos no están dispuestos a moverse de su lugar de comodidad, para asumir las responsabilidades que a cada uno cabe en el logro de una convivencia escolar libre de violencia.

En las siguientes líneas, se ilustrarán las consecuencias de no implementar los lineamientos que establece la Ley de convivencia escolar y dar paso a actitudes y comportamientos que lesionan física y psicológicamente a los menores que están bajo el cuidado y la vigilancia de los establecimientos de educación oficiales. Para el efecto, se deberá partir de la existencia de la obligación de adoptar la ruta de atención de violencia escolar, so pena de incurrir en la creación de un riesgo institucional proveniente de una omisión con respecto al deber de cuidado que 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, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, Sentencia 14869 de 2004 (Sentencia - Consejo de estado, 2004), fundamentado en el artículo 2347 del Código Civil.

La Institución Educativa funge como garante y adquiere la obligación de responder por los actos de los estudiantes que puedan generar afectaciones a sí mismos o a aquellos que hacen parte de su entorno, es decir, que el deber de cuidado de la Institución con respecto a los alumnos, implica un máximo grado de atención por cualquier daño que los estudiantes bajo su custodia, puedan llegar a causar o sufrir. Lo anterior nos conduce a estudiar la afirmación que en 1922 hizo Henry Dupeyroux, citado por Juan Carlos Henao (Henao, 2003), para quien la violación de una obligación administrativa conduce a una falla del servicio, en tanto supone el desconocimiento de los deberes a cargo del Estado.

En efecto, cuando se hace referencia al incumplimiento de una obligación, implica probar con precisión que la administración actuó de manera contraria a sus deberes, o que dejó de hacerlo desatendiendo postulados de buen servicio o adecuada función administrativa, en el caso concreto, porque creó un riesgo inminente a partir de la inexistencia o falta de aplicación de los programas de prevención, control y tratamiento dispuestos para los casos de acoso escolar. De esta manera, es preciso indicar que la doctrina tradicional planteada por Paul Duez, citado por Ciro Nolberto Guecha (Guecha, 2011), ha sugerido que la anomalía en el actuar de la administración se evidencia mediante malas, tardías o inexistentes actuaciones, teniendo en cuenta que todos ellos conducen al estudio del concepto de responsabilidad del Estado.

Frente a ello, Jorge Enrique Ayala (Ayala, 1999), señaló que la responsabilidad del Estado: *“puede ser objetiva o subjetiva, la primera cuando los daños son causados sin culpa, generándose una obligación de repararlos y la segunda, se refiere a que la generación de la responsabilidad requiere que se presente un elemento psicológico*

(dolo o culpa)”. Es decir, los dos regímenes básicos son el de responsabilidad subjetiva, por falla del servicio y de responsabilidad objetiva por daño especial o riesgo excepcional. En todos estos regímenes o criterios de imputación, se requiere que la actividad desplegada por el Estado sea finalmente la causa del daño, bien de manera exclusiva o concurrente con la de la víctima o la de un tercero.

En el caso que nos compete es importante tener en cuenta dos elementos, el deber que tienen las Instituciones de Educación con respecto al cuidado y vigilancia de los menores que están a su cargo y la obligación de las mismas Instituciones con relación a la implementación de la Ruta de Atención de Convivencia Escolar en los casos de acoso escolar, como refuerzo de protección a los menores. Tal como lo plantea Juan Carlos Henao (Henao, 2003), en su artículo, la Noción de Falla en el servicio, para determinar el contenido de las obligaciones es importante identificar la existencia de normas que establecen con nitidez el contenido obligatorio para identificar la actuación estatal que ocasionó el perjuicio.

El mismo asunto ha sido tratado por el Consejo de Estado, Sentencia 5902 de 1990 (Sentencia - Consejo de estado, 1990), donde ha indicado que cuando se habla de responsabilidad por falla del servicio, se debe tener en cuenta que esa responsabilidad es nacida de una falla funcional u orgánica, que encuentra su fundamento en un servicio que la administración debía prestar, bien por disposición de la ley o de los reglamentos, es decir, existe falla en el servicio cuando la actuación de las Instituciones de Educación es contraria al contenido obligatorio determinado por la norma, para el caso concreto, cuando se prueba que no existieron ni se aplicaron programas de prevención, tratamiento y control estipulados en la Ley 1620 de 2013, pese a que fue la norma misma quien le dio el carácter de garante al Estado, es decir, la falla del servicio es manifiesta, ya que se desprende de la diferencia entre el hecho estatal y la norma que con nitidez lo regula.

Ante la existencia de normas que indican el contenido de la obligación de cuidado y vigilancia ratificado con la implementación de la Ruta de atención de convivencia escolar, el comportamiento omisivo concreta la violación que supone la falla del servicio, como lo planteó Paillet, (Paillet, 1981) citado por Juan Carlos Henao. Teniendo en cuenta que las entidades descentralizadas certificadas por el MEN y las Instituciones de Educación oficiales tienen el deber de cuidar y vigilar a los menores, deber ratificado mediante la expedición de la Ley 1620 de 2013, con la obligatoriedad de la implementación de la ruta de atención en los casos de acoso escolar, se puede afirmar que la omisión en la aplicación de dicha reglamentación por la inexistencia de programas de prevención, control y tratamiento y los daños ocasionados a sus víctimas, se pueden considerar como una falla en el servicio consiste en la inobservancia o incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado garante, quien ha recibido ese calificativo por la misma norma.

Para alegar una falla en el servicio por parte de las Instituciones de Educación y como consecuencia demostrar la responsabilidad de las Entidades Descentralizadas certificadas por el MEN, es necesario, además de la omisión de los deberes y obligaciones legales y constitucionales, evidenciar que dichas entidades soportan esa obligación de vigilancia en el momento preciso de la realización del daño, pero como bien lo dijeron Mazeaud, Tunc, Capitant, Alcalá, Zamora y Castillo (Mazeaud, Tunc, Alcalá, & Castillo, 1977): *“La obligación de vigilancia se 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”*. Es por ello que, al hablar de acoso escolar, el origen del daño ha de ser los recintos escolares y la inexistencia de programas de prevención, tratamiento y control, por tanto, la inobservancia del deber de cuidado por parte de la institución se traduce en falla en el servicio.

El Consejo de Estado, Sentencia 14998 de 2005 (Sentencia - Consejo de Estado, 2005), afirmó que se puede hablar de falla en el servicio cuando el descuido de los

profesores, en su calidad de vigilantes, permite la ocurrencia de accidentes o cuando los encargados no proveen la seguridad necesaria de los menores, es decir, esa entidad responderá del accidente si no ha dado pruebas de la necesaria diligencia o cuidado, o si ha llegado a exponer al menor a peligros que no debería haber corrido.

Otro aspecto que debe valorarse está relacionado con la previsibilidad del perjuicio por parte de la entidad o administración, es decir, como se pudo denotar en el segundo capítulo de este artículo, el acoso escolar se ha convertido en un comportamiento recurrente en las aulas de clase y, dado su incremento, surgió la necesidad de expedir la Ley 1620 de 2013, es decir, la mala convivencia escolar y sus consecuencias son plenamente conocidas por las Instituciones de Educación, por tanto, prever el perjuicio no se hace complejo, lo que deja abierta la posibilidad real de lograr evitar el perjuicio mediante la implementación de los programas contemplados en la norma.

Es por ello que se hace necesario estudiar si hay o no violación de la obligación a cargo de la Institución oficial de Educación. En este sentido la obligación puede nacer porque la administración conocía del peligro o porque había sido advertida del mismo, tal y como lo concluyó en el fallo 2948 del 17 de febrero de 1983, en el cual afirmó el Consejo de Estado (Sentencia - Consejo de estado, 1983) :

en ocasiones la obligación existe desde el momento en el que la administración podía conocer los elementos que le permitían haber tenido la posibilidad de prevenir el perjuicio. Por ello, en principio la sola previsibilidad cuenta, es decir, es la existencia de un riesgo, tomado en el sentido de peligro, lo que conlleva la obligación de tomar precauciones.

En definitiva, el deber de cuidado y vigilancia frente a los menores y la obligación de la implementación de la ruta de atención con respecto a los casos de acoso escolar, constituido como un deber institucional que consolida la calidad de Estado

Garante, bajo el entendido de unas obligaciones legal y constitucionalmente establecidas para las instituciones aunado al panorama constante de la mala convivencia en los planteles de educación como hecho previsible, permiten afirmar que su omisión lesiona derechos originando responsabilidad de las entidades descentralizadas bajo el título de falla en el servicio

No obstante, se precisa que el daño ya no se reduce a considerarlo como lesión, herida, dolor, molestia, pérdida o detrimento, sino que va hasta tomarlo como el quebrantamiento a un interés legítimo, lo cual permite abarcar situaciones que claman por la reparación, porque de conformidad con lo que ha manifestado el Consejo de Estado, Sentencia 37994 de 2016 (Sentencia - Consejo de estado, 2016), el Estado debe actuar de manera diligente en la prestación del servicio de educación cumpliendo unos deberes que están directamente atados a medidas correctivas, disciplinarias, preventivas y educativas, tendientes a garantizar el correcto desarrollo del proceso educativo y la seguridad del alumno.

En suma, en este supuesto de responsabilidad propuesto, el título de imputación será el de falla en el servicio probada, por lo que corresponde a los demandantes probar el incumplimiento de la obligación de vigilancia y control por parte de las instituciones de educación oficiales supervisadas por las entidades descentralizadas. En consecuencia, el daño no es atribuible de forma objetiva al Estado, porque no proviene de un riesgo excepcional o de un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas (daño especial).

CONCLUSIONES

El sistema educativo colombiano está direccionado por las entidades descentralizadas en representación del Estado y su implementación, mantenimiento y supervisión, requiere de alto grado de cuidado y vigilancia por parte de las

Instituciones, docentes y directores sobre los educandos, para propiciar entornos de aprendizaje adecuados a partir de criterios de protección y salvaguardia de los alumnos, que permitan estructurar y ejecutar una educación con calidad y un desarrollo humano integral.

El Estado colombiano al fungir como prestador del servicio público de educación, enmarca su función en una serie de deberes legales y constitucionales, que garantizan una actuación diligente en la prestación del servicio, a partir de la implementación de medidas correctivas, disciplinarias, preventivas y educativas, tendientes a propiciar el correcto desarrollo del proceso educativo y la seguridad del alumno.

Aunque podría pensarse que las víctimas de acoso escolar sufren daños producidos materialmente por un tercero, a partir de este artículo puede afirmarse que las instituciones educativas asumen posición de garante institucional frente a los alumnos y que esa posición de garante se materializa mediante la adecuada y correcta implementación de la Ruta de atención Integral creada con la Ley 1620 de 2013, por lo tanto, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado su omisión resulta perfectamente equiparable a la acción lesiva, es decir, la posición de garante permite en estos escenarios construir el juicio de atribución normativa en cabeza del Estado y, concretamente, del centro educativo.

Se debe tener claro que bien puede haber existido una causalidad desde el punto de vista material o físico, lo que no necesariamente implica que quien causó materialmente el daño sea quien jurídicamente deba responder, esto permite afirmar que en el caso del acoso escolar es aplicable la teoría de imputación objetiva del nexo causal.

El deber de cuidado y vigilancia frente a los menores y la obligación de la implementación de la ruta de atención mediante programas de prevención,

tratamiento y control con respecto a los casos de acoso escolar, entendidas como obligaciones legal y constitucionalmente establecidas para las instituciones, sumado a la mala convivencia en los planteles de educación como hecho previsible, en caso de ser probadas permiten afirmar que su omisión lesiona derechos y generan daños consistentes en el quebrantamiento de un interés legítimo, originando responsabilidad de las entidades descentralizadas representantes del Estado garante, bajo el título de falla en el servicio.

El título de imputación aplicable para el caso en cuestión, será el de falla en el servicio probada, por tanto, las víctimas deben probar el incumplimiento de la obligación de vigilancia y control por parte de las instituciones de educación oficiales supervisadas por las entidades descentralizadas. En consecuencia, el daño no es atribuible de forma objetiva al Estado, porque no proviene de un riesgo excepcional o de un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas (daño especial), proviene del desconocimiento de la obligación constitucional de proteger los menores y del incumplimiento del deber normativo que como Estado Garante tiene con relación a la estricta implementación de la Ruta de atención en los casos de acoso escolar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenas, H. A. (2014). *El régimen de responsabilidad subjetiva*. Bogotá: Editorial Legis.
- Ayala, J. E. (1999). *Elementos de derecho administrativo general*. Bogotá: Profitécnicas.
- Blaya, C., & Debarbieux, É. (2005). Clima y violencia escolar. *Revista de educación*, 339.
- Castells, P. (2013). *Víctimas y matones claves para afrontar la violencia en niños y jóvenes*. Barcelona: Ediciones CEAC.

- Castillo, L. E. (2011). El acoso escolar. De las causas, origen y manifestaciones a la pregunta por el sentido que le otorgan los actores. *Revista internacional de investigación en la educación*, 428.
- Chapus, R. (1957). *Responsabilité publique et responsabilité privée, les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2a ed. Paris: L.G.D.J.
- Chaux, E. (2003). Agresión reactiva, agresión instrumental y el ciclo de la violencia. *Revista de Estudio sociales*, 47.
- Chaux, E. (2012). Educación, convivencia y agresión escolar. *Cambio*, 36.
- Colombia, C. d. (12 de julio de 2012). Ley 1564 . *Ley 1564 de 2012*. Bogotá, Bogota DC., Colombia.
- Colombia, C. d. (15 de marzo de 2013). Decreto 1965 . *Decreto 1965 del 2013*. Bogotá, Bogotá DC, Colombia: Legis.
- Colombia, C. d. (26 de mayo de 2015). Decreto 1075 de 2015. *Decreto - ley*. Bogotá, Bogota DC, Colombia.
- Congreso de Colombia. (12 de Agosto de 1993). Ley 60. *Congreso de Colombia - Artículo 2*. Bogotá, Bogotá D.C., Colombia: DO: 40987.
- Congreso de Colombia. (8 de Febrero de 1994). Ley 115. *Congreso de Colombia - Artículo 147*. Bogotá, Bogota D.C., Colombia: DO: 41214.
- Congreso de colombia. (8 de agosto de 2006). Ley 1098. *Congreso de colombia Artículo 43*. Bogotá, Bogotá, Colombia: DO:46446.
- Congreso de Colombia. (15 de Marzo de 2013). Ley 1620. *Congreso de Colombia Artículo 30*. Bogotá, Bogotá, Colombia: DO: 48733.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de veintiuno (21) (Sala de lo Contencioso Administrativo - C.P Mauricio Fajardo Gómez 21 de marzo de 2012).
- Constituyente, A. N. (2018). Código Básico Constitución Política de Colombia . En L. E. A., *Artículo 67*. Bogotá: Legis Editores S. A.
- Guecha, C. N. (2011). *La falla en el servicio: una imputación tradicional de responsabilidad del estado*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás.
- Henao, J. C. (2003). *La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés V.1*. Bogota: Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia.

- Kelsen, H. (2014). La teoría pura del derecho de Hans Kelsen y las constituciones. *Revista del Instituto de Estudios Internacionales Año 4 No. 79*.
- López, C. (2004). *Introducción a la imputación objetiva*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Mazeaud, H., Tunc, A. C., Alcalá, L., & Castillo. (1977). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas América.
- Medina, C. (1991). Escuela y violencia: Una reflexión desde la cotidianidad escolar. *Educación y cultura V.24*, 37-38.
- Naciones Unidas. (6 de mayo de 2018). <http://hdr.undp.org>. Obtenido de http://hdr.undp.org/sites/default/files/HDR2016_SP_Overview_Web.pdf
- Olweus, D. (1993). Bullying en la escuela: lo que sabemos y lo que podemos hacer. *Blackwell Publishing*, 140.
- Onetto, F. (2005). Posibilidades y limitaciones e las políticas educativas para enfrentar la problemática de la violencia. *Revista Mexicana de investigación educativa Vol. 10 Num. 27*, 1123 - 1132.
- Organización Internación Aldeas Infantiles S O S Colombia. (16 de Diciembre de 2018). *SOS Aldeas infantiles*. Obtenido de SOS Aldeas infantiles: https://sos.aldeasinfantiles.org.co/simeimportant/?utm_source=Onsite&utm_medium=Home&utm_campaign=simeimportant&C=7011R000000zd34
- Paillet, M. (1981). La faute du service public en droit administratif français. *Revue Internationale de droit comparé V.33 No. 2*, 726 - 728.
- Parra Quijano, J. (2004). *Manual de Derecho Probatorio*. . Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Perez, G. (2004). Dinámica bullying y psicopatología en adolescentes. *V Congreso Virtual de Psiquiatría*, 34.
- Pinzón Muñoz, C. E. (2018). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Puerta, I. (2015). *Convivir pacíficamente V.1*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Rodríguez Piedra, R., Secane Lago, A., & Pedreira Massa, J. L. (2006). Niños contra niños: El bullying como trastorno emergente. *Anales de pediatría Vol. 64*, 162-166.

Saavedra, R. (2003). *La responsabilidad Extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Editorial Jurídica Ibáñez.

Sentencia - Consejo de estado, 2948 (Sala de lo Contencioso Administrativo - MP Carlos Betancur Jaramillo 17 de Febrero de 1983).

Sentencia - Consejo de estado, 213077 (Sala de lo Contencioso Administrativo 22 de Marzo de 1988).

Sentencia - Consejo de estado, 5902 (Sala de lo Contencioso Administrativo - MP Gustavo de Greiff Restrepo 24 de Octubre de 1990).

Sentencia - Consejo de estado, 14869 (Sala de lo contencioso Administrativo - MP Nora Cecilia Gómez molina 7 de Septiembre de 2004).

Sentencia - Consejo de Estado, 14869 (Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo - MP Nora Cecilia Gómez Molina 7 de septiembre de 2004).

Sentencia - Consejo de Estado, 14998 (Sala de lo contencioso Administrativo - MP María Elena Giraldo Gómez 28 de Julio de 2005).

Sentencia - Consejo de estado, 15567 (Sala de lo contencioso Administrativo MP Enrique Gil Botero 4 de Octubre de 2007).

Sentencia - Consejo de estado, 29764 (Sala de lo Contencioso Administrativo MP Martha Teresa Briceño de Valencia 8 de Octubre de 2009).

Sentencia - Consejo de estado, 18627 (Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - MP Gladys Agudelo Ordóñez 23 de agosto de 2010).

Sentencia - Consejo de estado, 22679 (Sala de lo contencioso Administrativo - MP Jaime Orlando Santofimio Gambóia 13 de Abril de 2011).

Sentencia - Consejo de estado, 17994 (Sala de lo contenciosos administrativo - MP William Giraldo Giraldo 12 de Abril de 2012).

Sentencia - Consejo de Estado, 29764 (Sala de lo Contenciosos Administrativo - MP Enrique Gil Botero 21 de Noviembre de 2013).

Sentencia - Consejo de Estado, 31412 (Sala de lo contenciosos administrativo - MP Jaime Obando Santofimio Gamboa 1 de Junio de 2015).

Sentencia - Consejo de estado, 37994 (Sala de lo contencioso administrativo - MP Marta Nubia Velásquez Rico 4 de septiembre de 2016).

Sentencia - Consejo de estado, 38466 (Sala de lo contenciosos Administrativo - MP Jaime Orlando Santofimio Gambóia 22 de Noviembre de 2017).

Sentencia - Corte constitucional, C.328 (Sala plena 22 de Marzo de 2000).

Sentencia - Corte Constitucional, U 1184 (Sala plena - Eduardo Montealegre
Lynelt 13 de Noviembre de 2001).

Sentencia - Corte Constitucional, T 163 (Sala séptima MP Eduardo Montealegre
Lynelt 26 de Febrero de 2003).

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

Tolmie, A. (2016). *Influencia del entorno escolar. Foro educativo Nacional*. Bogotá:
Colombia.

Zubiría, J. (2009). *La violencia en los colegios de Bogotá*. Bogotá: Temis.