

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-03
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 1 de 23

## ¿POR QUÉ MUEREN LOS NIÑOS EN LA GUAJIRA? ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

YESSICA YEPES PARRA  
E-mail: yekayp@hotmail.com

NATALIA LÓPEZ MUÑOZ  
E-mail: nathy182\_4@hotmail.com

JUBER HARRY CAMARGO PULGARÍN  
E-mail: yeusbikar@hotmail.com

**Institución Universitaria de Envigado  
2016**

**Resumen:** En el presente artículo se pretende establecer la Responsabilidad del Estado frente a la muerte de niños por desnutrición en el departamento de La Guajira; para ello, se parte de la descripción de los fundamentos doctrinales y normativos que fundamentan la teoría de la responsabilidad del Estado frente al tema objeto de estudio; a su vez, se identifican las acciones que debe implementar el Estado para evitar que se le endilgue la responsabilidad por la muerte de niños por desnutrición en La Guajira; y por último, se determinar el tipo de responsabilidad aplicable al Instituto de Bienestar Familiar y el Ministerio de Salud y Protección Social por la problemática en comento.

**Palabras claves:** *Responsabilidad del Estado, Artículo 90 constitucional, Responsabilidad patrimonial, Departamento de La Guajira, Desnutrición, Corrupción.*

**Abstract:** This article is to establish the responsibility of the State to the death of children from malnutrition in the department of La Guajira; for this, it is part of the description of the doctrinal and normative foundations underlying the theory of State responsibility towards the subject under study; in turn, the actions that the State must implement to prevent him endilgue responsibility for the death of children from malnutrition in La Guajira are identified; and finally, the applicable responsibility to determine the Institute of Family Welfare and the Ministry of Health and Social Protection for the problem at issue.

**Keywords:** *State Responsibility, Article 90 of the Constitution, patrimonial responsibility, Department of La Guajira, Malnutrition, corruption.*

### INTRODUCCIÓN

El fundamento principal de la responsabilidad estatal es aquel según el cual los derechos de las personas deben ser respetados, y cualquier vulneración que se

haga de ellos por parte de un agente del Estado, debe llevar a una reparación o restablecimiento de los mismos. Este es el principio esencial para que se pueda conservar un equilibrio dentro de la sociedad y por ende, la convivencia entre todos los

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 2 de 23</b>

sujetos pertenecientes a una comunidad, sea posible.

En materia constitucional, la responsabilidad tiene su fundamento en el artículo 90, al establecer que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas. El artículo reza lo siguiente:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este. (C.P., art. 90)

En este sentido, se establece, de modo general, la responsabilidad del Estado de la siguiente manera:

(...) cuya aplicación se determina por la configuración de dos requisitos: (1) la existencia de un daño antijurídico y (2) que éste sea imputable a la acción u omisión de una autoridad pública.

(...) La noción de daño antijurídico (...) puede definirse como aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar. De esta manera, la responsabilidad del Estado podría configurarse no sólo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar. No obstante, para que el Estado deba responder patrimonialmente, no basta con que se cause el perjuicio antijurídico sino que éste haya sido causado por alguna autoridad pública en el ejercicio de sus funciones. (Corte Constitucional, 2001, C-100)

Lo primero que hay que reconocer frente a la tesis normativa estipulada en el artículo 90 de la Constitución Política es que el Estado debe ser concebido como ente responsable de las actuaciones jurídicas erróneas y de la administración de justicia.

Cuando se habla de responsabilidad estatal se relaciona con el Estado Social de Derecho, el cual, como lo define Marienhoff (1993), “presupone una auto limitación de sus propios poderes por parte del estado que permite frente a él un ensanchamiento de la

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 3 de 23</b>

esfera jurídica del administrado, ensanchamiento que incluye responsabilidad estatal por actos o hechos que le sean jurídicamente imputables” (p. 68).

Pero más allá de realizar una caracterización sobre los alcances de la responsabilidad estatal, conviene contextualizar dicha temática con uno de los fenómenos que mayor impacto ha venido generando en los últimos años en Colombia, y es el que tiene que ver con la crisis social y humanitaria por la que están atravesando los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la comunidad indígena Wayuu asentada en los territorios desérticos del departamento de La Guajira.

Sobre el tema, el Consejo de Estado se manifestó en los siguientes términos:

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

de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección. (...) resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables (Consejo de Estado, 2011, Rad. 20324).

Precisamente, el impacto de este fenómeno es alarmante: según cifras del Dane (2015), entre los años 2005 a 2015 la tasa promedio de mortalidad infantil en todo el territorio colombiano ha sido de 18 defunciones de niños nacidos vivos no mayores a un año; por su parte, el departamento de La Guajira tiene una tasa de defunciones promedio para el mismo periodo de 33 muertes; municipios como Manaure y Uribia tienen tasas de 53 muertes respectivamente, cifra que triplica el promedio nacional.

El tema de los niños de La Guajira es bastante complejo: por un lado, se encuentra el abandono del Estado, el cual

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 4 de 23</b>

históricamente ha mantenido al departamento en el olvido; a ello se suma la corrupción de los funciones estatales y la desidia de ciertas instituciones, las cuales desvían los recursos y se apropian de los mismos.

A su vez, en el departamento no se cuentan con políticas públicas claras y definidas para enfrentar eventos como el Fenómeno del Niño, el cual lleva sumido a todo el territorio en una sequía que ya se extiende por su segundo año consecutivo; también debe agregarse el tema cultural, ya que en las comunidades indígenas se manejan sistemas jerárquicos que limitan el acceso a ciertos recursos, especialmente a los niños.

Según medios de prensa, desde 2014 la Defensoría del Pueblo advirtió al Estado sobre la existencia de más de 37 mil niños en situación de desnutrición sólo en el departamento de La Guajira (Semana, 2014); en 2015, la muerte de niños por causas relacionadas con la desnutrición fue de 38 y en lo que va corrido de 2016, se ha reportado la muerte de 22 niños (Publimetro, 2016),

cifra ésta que indica que de lejos va a ser superada las de años anteriores.

Frente a esta situación, el Estado ha puesto en evidencia su posición de debilidad para atender esta crisis; desde que comenzó el Fenómeno del Niño no se han realizado los esfuerzos necesarios para mitigar los efectos, sobre todo en la poblaciones más vulnerables del departamento; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al igual que algunos IPS y EPS de la región ya han sido demandados ante la Fiscalía por parte de la Red Nacional de Veedurías por ser algunas de las instancias sobre las cuales ha recaído la mayor responsabilidad.

Queda por tanto por establecer si cabe un tipo de responsabilidad administrativa y patrimonial contra el Estado por su inacción y negligencia para sortear esta crisis y reducir el impacto matizado por la muerte de menores de edad por falta de los alimentos básicos necesarios para subsistir.

## **2. REFERENTES DOCTRINALES Y NORMATIVOS**

### **2.1. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO**

Para establecer los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, es necesario partir de la identificación de los antecedentes históricos de este tipo de responsabilidad y la conceptualización doctrinal que han realizado diferentes teóricos sobre el tema.

La Responsabilidad Extracontractual o aquiliana del Estado es definida por Ramos (1994) como “aquél fenómeno o situación jurídica que ocurre por fuera de las relaciones intrínsecas contractuales de la administración pública, y en donde se busca el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por los ciudadanos en desarrollo de la actividad estatal” (p. 3).

El fundamento jurídico de esta clase de Responsabilidad se encuentra en la Constitución Política, tal y como lo establece su artículo 90 cuando señala que: “el Estado

será responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...). Este precepto hace referencia a una responsabilidad de carácter patrimonial que busca resarcir los daños ocasionados a un particular por una acción u omisión del Estado y tomando como fundamento de dicha responsabilidad el concepto de daño antijurídico.

Pero el artículo 90 de la Carta Política no se constituye como el único fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que el marco general viene dado en un principio por el artículo primero que señala que “Colombia es un Estado Social de Derecho (...) fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. A su vez, el artículo segundo establece los fines esenciales del Estado: ... “El Estado y las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 6 de 23</b>

particulares”. De manera más precisa, el artículo 6° hace una aproximación más puntual a la idea de un Estado Responsable cuando dispone que responden “los particulares...por infracción a la Constitución o las leyes y los servidores públicos por igual causa y por omisión o extralimitación de funciones”.

Es entonces a partir de dichos preceptos, según Molina (2005), que comienza una nueva etapa en la evolución de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y el alto Tribunal de lo Contencioso administrativo acude a ellos para fundamentar toda su jurisprudencia y para corregir los inconvenientes legislativos que le impiden avanzar en sus interpretaciones.

Sin embargo, al analizar de manera más detallada dicho fundamento, es necesario afirmar que no sólo tiene su asiento en la Constitución Política de 1991, sino en los antecedentes dogmáticos e históricos de la misma jurisprudencia que hoy es la fuente principal de las teorías en torno a la Responsabilidad Extracontractual del Estado,

jurisprudencia que además se alimentó en gran medida de los avances logrados por el derecho comparado y por la legislación colombiana.

El avance jurídico del mencionado artículo 90 ha sido muy notable, ya que acudiendo a los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, y alejándose un poco de criterios culpabilistas, logra ubicar el concepto de responsabilidad estatal en el campo de la tesis de la igualdad ante las cargas públicas, utilizando como concepto determinante para imputar responsabilidad del Estado el daño antijurídico. Se está, entonces, frente a un tipo de responsabilidad objetiva, a la cual se refiere Esguerra (1978) en los siguientes términos:

Por otra parte, conviene señalar que el régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de esa responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy ya plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla del

servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad patrimonial, tales como el de la responsabilidad por daño especial.

En otras palabras, se desplaza el soporte de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que excede el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social (p. 86).

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que con la consagración de este precepto constitucional se logra superar aquel principio de derecho según el cual quien causa un perjuicio está obligado a repararlo, para asumir una posición más favorable frente al ciudadano. Se acude entonces al concepto de imputabilidad, que se presenta como un fenómeno menos restrictivo que el de causalidad y que tiene explicación en cuanto no es suficiente la existencia de una relación fáctica entre la acción u omisión de la autoridad pública y el daño ocasionado, sino que es necesario además que pueda

atribuírsele al Estado el deber jurídico que tiene de indemnizar.

Con el fin de profundizar en el ámbito del fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, se hace necesario realizar un breve repaso por las principales sentencias de las altas Cortes que han tratado el tema, lo cual permitirá comprender la evolución que ha tenido esta institución y evidenciar el derrotero utilizado para declarar o no la obligación estatal de indemnizar los perjuicios sufridos por los administrados.

## **2.2. MODALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

A continuación se realizará una conceptualización de las diferentes modalidades de la responsabilidad estatal: la teoría de la falla del servicio, la teoría del daño especial, y finalmente la teoría del riesgo excepcional, aunque al inferir la tendencia que predica nuestro Consejo de Estado respecto al tema objeto del presente artículo trabajaremos a fondo las teorías que predominan.

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 8 de 23</b>

### 2.2.1. Falla del servicio

Este sistema ha sido considerado como el régimen común en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y al que con mayor frecuencia acuden los tribunales seccionales de la jurisdicción contencioso administrativa y el Honorable Consejo de Estado:


(...) una falla en el funcionamiento normal del servicio que incumbe a uno o varios agentes de la administración pero no imputable a ellos personalmente”. Mientras que los profesores De Irisari y L. Rodríguez retoman la noción del jurista francés Duez, según la cual la falla o falta del servicio “es la violación al contenido obligacional que se impone al Estado... Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho que la responsabilidad estatal en virtud de esta teoría, es la consecuencia directa del deber que tiene ese ente de prestar a la comunidad en forma eficiente y oportuna los servicios públicos que requiere y si, en las actividades desarrolladas para ese fin, comete irregularidades o incurre en deficiencias u omisiones que lesionan a sus miembros, tienen que reparar el daño (Bustamante, 1989, p. 21).

El Consejo de Estado, acogió la noción inicial de la falla del servicio como aquella que se presenta cuando el servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente,

pero posteriormente y con el fin de enmarcarla en un ámbito más jurídico, la definió como la violación al contenido obligacional a cargo del Estado, sin abandonar del todo la aplicación del concepto descriptivo del funcionamiento (Sentencia del Consejo de Estado de Noviembre 15 de 1995).

De acuerdo con Bustamante (1989), la Tesis de la Falla del Servicio surgió en Francia como concepto opuesto al de la culpa personal del servidor público y presenta dos variantes: La Falla Probada y la Falla Presunta del Servicio. En el primer caso, el afectado al momento de pretender una indemnización, debe probar la ocurrencia de la falla o falta en el servicio, pues en caso de que no lo haga, sus pretensiones no prosperarán. Se trata de un requisito muy exigente ya que el actor debe suministrar plena prueba de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos constitutivos de la falla. En el caso de la Falla Presunta, el cual es considerado un régimen intermedio entre el sistema de la falla probada y los regímenes objetivos, se sigue aplicando el concepto de falla del



	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 9 de 23</b>

servicio, pero con la salvedad de que es sobre la entidad demandada que recae la carga probatoria.

Tal como se ha visto, es necesario destacar que esta teoría representa para el derecho público, según Parra (2003), un avance en el desarrollo de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de que sustituye el concepto de culpa individual del servidor público en particular, por la falta del Estado, sin necesidad de identificar al empleado que realizó la acción dañosa.

La jurisprudencia colombiana ha planteado la imprudencia y la negligencia como formas en las que se puede presentar la culpa. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en el año de 1958, según señalan Guevara y Gutiérrez (2000), establece que:

(...) la culpa pues se presenta en dos casos:

a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo

los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad con la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.

b) Cuando el autor no prevé el daño que puede causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y su conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en determinada actividad (p. 29).

Pero quizás, la teoría que mayor aplicación tiene en este contexto es la de la falla del servicio, que es de creación jurisprudencial. Esta teoría tiene su origen en Francia, donde sus jueces empezaron a utilizarla para responsabilizar al Estado. En Colombia, la Corte Suprema de Justicia empezó a emplear la teoría de la falla o falta del servicio, en 1939, pero sin mayor implicación hasta 1941, cuando es utilizada para fundamentar la responsabilidad de las personas públicas; de esta manera, esa Corporación descartó las doctrinas anteriores

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 10 de 23</b>

de responsabilidad indirecta y sólo optó por la responsabilidad directa.

Aunque el concepto de falla de servicio pretende ser un concepto autónomo y específico de la responsabilidad del Estado, con respecto al derecho civil, se estructura igualmente en el elemento subjetivo de la falta, pero no en la subjetiva personal del agente, sino en la del servicio, de la administración. Se trata, por tanto, de una falta objetivada, pues no precisa que el agente autor del daño sea declarado responsable para que nazca la responsabilidad de la administración.

La concepción tradicional de la falla del servicio, alude a este criterio como la falta anónima, orgánica, funcional de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

Esta falla del servicio se puede presentar de diferentes maneras: cuando el servicio no se presta, cuando se presta de manera deficiente, es decir, no se realiza de la forma en que debía haberse prestado y, cuando se

presta tardíamente, o sea que aunque se preste el servicio, se hace en un ámbito temporal diferente al que debía haberse hecho. Ahora bien, en el proceso que se siga contra el Estado es necesario demostrar que existió un hecho imputable a la administración o al funcionario público debido a cualquiera de las diferentes causas anteriores.

### **2.2.2. El daño especial**

La figura del daño especial es una de las figuras más controvertidas y difíciles de demostrar en el ámbito jurídico-administrativo.

De acuerdo con Franco (2014), en derecho se entiende el daño desde dos puntos de vista, el primero de ellos es el daño patrimonial, el cual comprende el valor económico de una cifra cuantificable en dinero que ha sufrido una persona. Según la doctrina de Gil (2013), la reparación de los daños patrimoniales se hace cuantificando los perjuicios económicos efectivamente sufridos por la víctima, los mismos puede ser los originados al momento de causar el daño o causados durante la rehabilitación.

De otro lado, se encuentra el daño extrapatrimonial, el cual en principio hace referencia a inmateriales, es decir a esferas psicológicas e internas de la persona, no percibirles ni medibles fácilmente, como son por ejemplo el dolor, la angustia, la frustración, los complejos. En la jurisprudencia colombiana se clasifican como daños extrapatrimoniales el daño moral y “daño a la vida de relación o daño fisiológico” (Navia, 2007, p. 290), este tipo de daños al no ser reparables económicamente, se deben indemnizar por medio de una compensación económicamente, la cual pretende satisfacer el precio del daño sufrido.

Por daño civilmente indemnizable se entiende el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima.

Según Tamayo (2013), los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Los

primeros son el atentado al patrimonio económico de la víctima, mientras que los segundos están referidos a la lesión de bienes protegidos por el orden jurídico, pero que no tienen valor pecuniario alguno.

A la teoría del daño especial se le llama también de responsabilidad sin falta, o de igualdad frente a las cargas públicas y encuentra su fundamento en el hecho de que una persona que soporta un daño o una carga, en desigualdad de condiciones con respecto a los demás miembros de la comunidad, debe ser indemnizada por el Estado. Se trata de una tesis cimentada sobre principios de responsabilidad objetiva del Estado y sobre la cual Rodríguez (1999), en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, afirma lo siguiente:

Esta concepción del daño especial se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según la cual, cuando el administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar del Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la

administración debe indemnizar (Rodríguez, 1999, p. 386).

Es decir que de acuerdo con esta teoría, si la administración en virtud de su deber de proporcionar bienestar colectivo y actuando conforme a derecho, ocasiona un perjuicio excepcional a un particular, le acudirá entonces, con fundamento en razones de equidad, el deber de indemnizar a dicho ciudadano con el fin de restablecer el equilibrio frente a las cargas públicas.

Por último, es importante señalar que en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la teoría del Daño Especial exige como factores determinantes la plena legalidad de la actuación administrativa y el rompimiento de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas, con el fin de lograr precisión en las peticiones elevadas ante la jurisdicción administrativa.

### 2.2.3. El riesgo excepcional

El riesgo excepcional o riesgo de naturaleza excepcional, surge cuando el Estado, en virtud de la realización de sus actividades propias, tales como el

adelantamiento de una obra de servicio público, emplea recursos o medios que colocan al administrado o a sus bienes en situación de quedar expuesto a un riesgo fuera de lo común o excepcional y que debido a su gravedad, excede las cargas públicas que normalmente deben soportar los particulares. De esta manera, si se genera un daño con ocasión de la ocurrencia de dicho riesgo, sin que medie culpa alguna de la víctima ni de la administración misma, habrá lugar a responsabilidad estatal y por ende a indemnizar al perjudicado.

De acuerdo al postulado básico de la Teoría de los Riesgos, y de acuerdo a lo señalado por Ramos (2004), la misma persona que corre con las expectativas de provecho, deberá cargar con los riesgos de pérdidas, de manera que lo que se pretende es superar la intervención de opiniones subjetivas acerca de lo que es o no reprochable moralmente y, en su lugar, aspirar a colocarse en el terreno positivo de las estadísticas de los costos de producción.

Para Correa (2012), el riesgo excepcional que implica que el daño es producido por un

tercero, pero en razón del riesgo el Estado se ve conminado a responder; las actividades peligrosas, que es aquella que por su manejo implica riesgos especiales porque los efectos son imprevisibles; y la realización de obras públicas, debido a los riesgos que se derivan de éstas.

#### 2.2.4. El daño antijurídico

Lo primero que hay que tener en cuenta es una aproximación precisa al concepto mismo de daño. Frente a este respecto, conviene considerar la acepción sobre el término que ha expresado Francesco Carnelutti en su Teoría general del delito:

(...) el daño es precisamente un modo de ser del evento, por lo que a la voz daño corresponde la frase evento dañoso; daño es aquel evento que consiste en la lesión de un interés. Justamente por ser un acto delito, si su evento es un daño, se puede afirmar la identidad entre el evento del delito y el daño (Carnelutti, 2000, p. 147).

Respecto al daño hay que establecer, por tanto, que éste exige un reconocimiento, cuya necesidad es implícita, de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los

perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados; aunque claro está, dicha indemnización tiene un límite que es claro y preciso y es que se debe dejar a la víctima en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida.

El artículo 90 de la Constitución nacional consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado sobre el concepto del "daño antijurídico", el cual comprende no solamente la responsabilidad objetiva sino también la subjetiva, la contractual y la extracontractual.

Este tipo de responsabilidad exige, para la atribución del resultado dañoso a un sujeto activo determinado, que se tenga en cuenta su esfera volitiva integrada por el ámbito cognoscitivo y la capacidad de autorregulación de su conducta, al menos en principio, pues tratándose de los imputables tendríamos que aceptar simplemente su culpabilidad natural.

El artículo 5 del Código Penal consagra el principio de culpabilidad e igualmente la proscripción de la responsabilidad objetiva, fijando como única forma de responsabilidad penal la subjetiva.

La regla del esquema de responsabilidad patrimonial, en el presente la establece sin lugar a dudas el daño, así lo dispone el artículo 90 superior, lo difunde la doctrina, y lo aplica la jurisprudencia; los tratadistas cada vez con mayor entusiasmo y ahínco reclaman de la ley y de la jurisprudencia, impulsar un criterio uniforme en la responsabilidad patrimonial, y así lograr un concepto más unitario respecto de la figura de la reparación, y ello en razón a que “la utilización de diferentes concepciones, no descansan sobre una base ontológica” (Gil, 2013, p 14) sino de reglamentación, “ante el presupuesto lógico de que a un mismo daño debe corresponder una misma indemnización” (Gil, 2013, p. 14), sin importar el hecho causante de la conducta dañosa, e independientemente de que nos encontremos frente a una violación al deber jurídico de no dañar derivado de un acto o

hecho lícito o ilícito, o ya sea un quebrantamiento obligacional, o que el daño provenga por la expedición de una ley o del mismo contrato, estemos o no en presencia de un asunto de materia civil, el caso es que los nuevos estándares y esquemas jurídicos apuntan hacia el reconocimiento indudable de la responsabilidad por los actos ilícitos, o conductas irregulares causantes de daños que no se estaba en la obligación de soportar, que el daño tenga su fundamento en un acto o hecho ilícito, es idóneo pero no siempre es imprescindible para lograr el resarcimiento, toda vez que si observamos este puede nacer también en una conducta que se despliega lícitamente. Para concretar podemos decir que el daño es el elemento de mayor relevancia a la hora de reparar, para el mundo jurídico actual.

### **3. ACCIONAR DEL ESTADO FRENTE A LA CRISIS HUMANITARIA Y ALIMENTARIA DE LOS NIÑOS EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA**

Durante los primeros tres meses del año 2016, la crisis humanitaria y alimentaria en el

departamento de La Guajira (al norte de Colombia) se hizo más latente y evidente; los principales estragos de este fenómeno ocasionado en parte por la ineptitud de las instituciones del Estado (ICBF y el Ministerio de Salud y Protección Social), así como por las fuertes sequías que azotaron esta región, se hicieron palpables, especialmente, en los grupos poblacionales más vulnerables, como son los niños.

Hasta el mes de enero de 2016, el Estado colombiano sólo implementó acciones de bajo impacto que en poco o nada minimizaron el impacto de la crisis; ante las denuncias de los medios de comunicación y el reclamo de la ciudadanía en general, el gobierno nacional se vio en la necesidad de actuar con acciones contundentes y

Apenas en el mes de febrero de 2016, tal y como se reconoce en un comunicado de la Presidencia de la República (2016), el Gobierno Nacional reconoce la gravedad de la situación de La Guajira, aún a pesar de que el Estado colombiano ya había decretado desde 2014 (Decreto 173) la calamidad pública en el departamento.

De igual modo, si bien el Estado venía desarrollando la iniciativa denominada “Alianza por el Agua y la Vida en La Guajira”, dicha estrategia, luego de más de 7 meses de haberse implementado, no había rendido los frutos necesarios. La alianza contemplaba acciones de corto, mediano y largo plazo con el fin de atender la emergencia y contribuir con la erradicación de sus causas.

El accionar del Estado Colombiano para intentar paliar la situación se ha centrado básicamente en 7 líneas de atención:

ICBF: La directora del ICBF, Cristina Plazas, se desplazó de forma permanente a La Guajira (salvo los fines de semana que viaja a Bogotá para atender otros temas del Instituto), para adelantar acciones que permitan responder a corto, mediano y largo plazo, a la situación que afecta a la población infantil en este Departamento.

Agua: Se instaló un proyecto que busca rehabilitar varios puntos de abastecimiento de agua, para reducir los altos índices de

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 16 de 23</b>

morbilidad y mortalidad de la población vulnerable que está expuesta a los efectos de la sequía provocada por el fenómeno del niño, y que no cuentan con el servicio de agua.

Escritura de tierras: Tras una espera de más de 30 años, indígenas wayúu de 10 resguardos y 22 asentamientos recibieron las escrituras de 6 predios en el municipio de Albania, que permitirán el desarrollo de proyectos agrícolas (ganadería, siembra de hortalizas y granos, entre otros) para suplir las necesidades alimentarias. Con ello se benefician casi 20.000 indígenas.

Vías: El Instituto Nacional de Vías – Invías- anunció inversiones por más de \$10.000 millones en los estudios y diseños.

Agua y kits alimentarios: se han entregado de manera gratuita cerca de 500 millones de litros de agua, al igual que miles de kit alimentarios. En total, en 2016 se han entregado 261.009 ayudas humanitarias (implementos de aseo, alimento, frazadas y hamacas).

Línea bilingüe de atención en desnutrición: Desde el 6 de febrero funciona la línea telefónica 0313305071, para que quién tenga conocimiento de un caso de desnutrición en La Guajira o en cualquier otra parte del país lo reporte de inmediato

Salud: Se brindó capacitación especial para los profesionales de la salud de la Guajira y departamentos aledaños en temas relacionados con tratamiento de la desnutrición aguda (Presidencia de la República, 2016).

A pesar de estas acciones, entre los meses de marzo y abril se han seguido registrando la muerte de varios niños a causa de desnutrición; en varias de las instituciones educativas, especialmente rurales del departamento, no se cuenta con el servicio de restaurante escolar o se presta dicho servicio en condiciones precarias, lo que presume que en caso de presentarse un nuevo fenómeno climático, la crisis volvería a su estado de latencia.



#### **4. RESPONSABILIDAD APLICABLE AL INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR Y EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

El Estado colombiano ha aceptado en varias oportunidades su responsabilidad ante la crisis humanitaria causada por la desnutrición y muerte por dicha causa de varios niños en el departamento de La Guajira en los últimos años

Así las cosas, para determinar la responsabilidad aplicable al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Ministerio de Salud y Protección Social, es necesario identificar primero cuáles son las Entidades responsables de manejar el tema de la nutrición en Colombia.

Para el ICBF (2014) es claro que el tema de la nutrición debe ser entendido y abordado como un asunto de salud pública; precisamente, la alimentación ha sido reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y posteriormente acogida por la Constitución Política de Colombia de 1991, en cuyo artículo 44

estipula que la alimentación equilibrada debe ser aplicada como un derecho fundamental de los niños, y por ende corresponde al Estado garantizar la producción de alimentos (artículos 64, 65 y 66 de la C.P.); estos mismos elementos los ratifica la Ley 1098 de 2006.

De esta manera,

Partiendo de que las responsabilidades en cabeza del Estado son compartidas en todos los órdenes, tenemos que la alimentación se debe abordar desde dos frentes, el primero enfocado en la producción desde lo agrícola y la seguridad alimentaria, y un segundo frente enfocado al consumo, a la nutrición, ligado a aspectos de la salud y desarrollo (ICBF, 2014).

De igual forma, con la expedición de la Ley 75 de 1968, se creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y se determinó que asumiría las funciones en nutrición que traía el Instituto Colombiano de Nutrición, que a partir de ese momento, pasó a ser una dependencia del Instituto. También se determinó que se daría preferencia al mejoramiento de la nutrición de los niños y

	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b> F-PI-32
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 18 de 23

de las mujeres en período de gestación y lactancia.

Años más tarde, con el Decreto 1137 de 1999, se organizó el Sistema Administrativo de Bienestar Familiar, estableciendo en el numeral 21 del Artículo 17, como función del ICBF el “ejecutar los programas que le correspondan en los planes y programas de carácter nutricional y con especial referencia a la población infantil vulnerable y en riesgo”.

De igual modo, con el Decreto 2509 de 2003, se estableció que “para la ejecución de los planes y programas de carácter nutricional, corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelantar los análisis e investigaciones, en los términos establecidos en las disposiciones legales vigentes sobre la materia”.

Es importante en este punto recordar que el ICBF se encontraba adscrito al entonces Ministerio de Protección Social, hasta que mediante el Decreto 4156 de 2011, se determinó que quedara adscrito al Departamento para la Prosperidad Social,

conservando su misma naturaleza y funciones.

A pesar de lo anterior, las competencias en salud desde el enfoque de salud pública se encuentran en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con apoyo de entidades adscritas como el Instituto Nacional de Salud y el INVIMA para algunos casos específicos, y apoyo de entidades como el ICBF y el Ministerio de Educación en la promoción de la salud nutricional.

Determinado que es posible establecer la responsabilidad del ICBF y el Ministerio de Salud y de Protección Social en temas alimentarios y nutricionales, se puede predicar, por tanto, la teoría subjetiva de la falla del servicio.

Como bien se sabe, esta teoría pertenece al régimen de responsabilidad subjetiva de la administración en la cual se hace necesario probar la culpa o la falla del servicio en la actuación del Estado (ICBF y el Ministerio de Salud y de Protección Social) si se le pretende endilgar la responsabilidad por la

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 19 de 23</b>

muerte de niños en La Guajira a causa de desnutrición.

En dicha tesis subjetiva existen dos regímenes de responsabilidad, uno es la Falla Probada del Servicio en la cual la carga de probar la responsabilidad de la administración la tiene el demandante o víctima, en este evento, los familiares de los niños que han muerto a causa de desnutrición, y que aún a pesar del llamado de auxilio a los organismos del Estado, estos se mostraron renuentes a prestar ayuda alguna.

Otro régimen de responsabilidad es el de la Falla presunta del servicio en el cual por el ejercicio de una actividad que se considera “peligrosa”, cuyo desarrollo genera consecuencias dañosas, se le presume la falta o culpa a quien ejerce dicha actividad, y de la cual sólo se exime demostrando diligencia y cuidado en el ejercicio de la misma.

En la pretensión de endilgar, conforme a esta teoría subjetiva, responsabilidad a la administración por la muerte de niños en La Guajira por causa de desnutrición, es

menester demostrar la falla del operador jurídico al no prestar la atención necesaria para evitar conjurar dicha crisis alimentaria y humanitaria, mientras se desarrolla una investigación o un proceso civil.

La falla del servicio es el daño causado por la violación del contenido obligacional a cargo del Estado; dicho contenido obligacional viene dado específicamente en textos, ya sea en las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, así como en la función que tiene el Estado, consagrada en el artículo 2 de la Constitución Política de 1991, el cual establece lo siguiente:

Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El Consejo de Estado (Exp. 11754) también se ha referido al asunto de la falla del servicio y la ha definido como aquella en la que la administración teniendo la obligación de prestar un servicio como es brindar y garantizar la nutrición a

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p><b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b></p>	<p><b>Código: F-PI-32</b></p>
		<p><b>Versión: 01</b></p>
		<p><b>Página 20 de 23</b></p>

poblaciones vulnerables, éste servicio funciona mal, no funciona o funciona tardíamente, tal y como ha venido ocurriendo en La Guajira. Esta es la noción que inicialmente acogió la corporación, pero que más tarde y con el fin de darle un encuadre más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido obstáculo para que la alta corporación siga aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento.

De igual forma, es pronunciamientos más recientes, el Consejo de Estado (Rad. 20324) ha reconocido de manera expresa la posibilidad de declarar la responsabilidad del ICBF, en sede de responsabilidad extracontractual del Estado –vía acción o pretensión de reparación directa–, por los daños irrogados a menores o a sus familiares durante la ejecución de una medida de protección, por lo que resulta perfectamente posible que en la concreción de las medidas de protección se generen daños antijurídicos que esté obligado el ICBF a resarcir, siempre que le sean imputables.

## 5. CONCLUSIONES

Conforme a lo anteriormente planteado se puede sintetizar que las cargas públicas que la administración imponga a los ciudadanos con el fin de lograr el bienestar de toda la colectividad, deben ser repartidas por igual entre todos los asociados al Estado de derecho, de tal forma que se dé real y efectiva aplicación al principio constitucional de igualdad. Por otro lado, si se le impone una carga adicional a un ciudadano más que a los otros, se le estaría causando un daño que es especial y que debe ser reparado íntegramente.

Es de destacar que el Consejo de Estado también se ha referido a la falla del servicio y la ha definido como aquella en la que la administración, teniendo la obligación de prestar un servicio, éste funciona mal, no funciona o funciona tardíamente. Ésta es la noción que en un principio defendió dicha corporación, pero que más tarde, y con el fin de darle un contenido más jurídico, modificó para adoptar la de la violación del contenido obligacional, aunque esto no ha sido obstáculo para que la alta corporación siga

aplicando la noción “descriptiva” del funcionamiento.

Queda claro, después de realizar un breve desarrollo del tema aquí abordado, que la muerte de niños en La Guajira a causa de desnutrición crónica son quienes deben soportar la falla del servicio materializada por el ICBF y el Ministerio de Salud y Protección Social; es el Estado el que asume la obligación de brindarles la protección que necesiten a los niños de una región afectada de manera grave por un fenómeno natural como es El Niño, para lo cual debe cumplir con las obligaciones de alimentación y abrigo, las cuales permiten garantizar la vida de poblaciones vulnerables.

Ahora bien, cuando el Estado falta a dichos deberes, incumple el deber de seguridad alimentaria de los niños y, por consiguiente, es responsable a título de falla del servicio de los daños y afectaciones que éstos puedan sufrir.

Actualmente, el artículo 90 es el tronco en el que encuentra fundamento el tipo de responsabilidad aplicable al Estado cuando

un niño o niña muere por causa de desnutrición crónica, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual. En dicho artículo se encuentran configurados los dos elementos de la responsabilidad, como es el caso de del daño antijurídico y la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico.

Respecto al daño antijurídico, éste es el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado, el cual se ve reflejado en que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión (física o mental) que sufre un niño a causa de desnutrición, porque éste no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

Por su parte, la imputabilidad del daño antijurídico a las autoridades públicas; de esta manera, para imponer al Estado la obligación de reparar un daño, en este caso, la desnutrición, es necesario que además de constatar la antijuricidad del mismo, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico.

## REFERENCIAS

- Bustamante L., Á. (1989). *Derecho Administrativo y función pública en Colombia*. Medellín: Editora jurídica de Colombia.
- Carnelutti, F. (2000). *Teoría general del delito. Grandes clásicos del derecho. Vol. 5*. México: Oxford University Press.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (1997). *Sentencia del 18 de septiembre. Rad. 11754. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández*.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. (2011). *Sentencia del 3 de junio. Rad. 41001-23-31-000-1994-07893-01(20324)*. Bogotá. *Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez*.
- Correa V., R. A. (2012). *Responsabilidad extracontractual del Estado. Análisis sistémico*. Bogotá: Leyer.
- DANE. (2015). *Tasa de mortalidad infantil por municipio y departamento (Defunciones de Menores de Un Año por cada Mil Nacidos Vivos)*. Bogotá: DANE.
- Esguerra, J. (1972). *La Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio Público*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Franco G., F. (2014). *El evento adverso en la seguridad del paciente y el surgimiento de responsabilidad civil*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Gil B., E. (1999). *De la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Gil B., E. (2013). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.
- Guevara M., G. A. y Gutiérrez V., A. R. (2000). *La responsabilidad contractual del transportador marítimo de mercancías*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hoyos G., J. F. (2007). Responsabilidad extracontractual del Estado. *Nuevo derecho*, 2(2), 28-32
- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2014). *Concepto 43 del 1 de abril*. Bogotá: ICBF.
- Marienhoff, M. S. (1993). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Molina, C. (2005). Fundamentos constitucional y legislativo de la responsabilidad patrimonial del Estado: Antecedentes dogmáticos-históricos y legislación vigente. *Revista Opinión Jurídica*, 4(7), 43-66.
- Navia A., F. (2007). Daño moral, daño fisiológico, y daño a la vida de relación en Colombia. *Revista de Derecho*

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<b>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código: F-PI-32</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 23 de 23</b>

- Privado de la Universidad Externado de Colombia*, (12-13), 289-305.
- Parra G., W. R. (2003). *Responsabilidad Patrimonial Estatal. Daño antijurídico*. Medellín: Universidad Autónoma de Colombia.
- Parra G., W. R. (2003). *Responsabilidad Patrimonial Estatal. Daño antijurídico*. Medellín: Universidad Autónoma de Colombia.
- Presidencia de la República. (2016). *Así atiende el Gobierno la situación de La Guajira*. Bogotá: Presidencia de la República. Recuperado en abril de 2016, de <http://especiales.presidencia.gov.co/Documentos/20160212-especial-guajira/docs/comunicados.html>
- Publimetro. (2016). *La Guajira, en crisis: tres niños más murieron por desnutrición*. Recuperado en febrero de 2016, de <http://www.publimetro.co/colombia/crisis-por-desnutricion-en-la-guajira/lmkpbx!J6ki5hDJYn3yk/>
- Ramos A., J. (1994). *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Cali: Ediciones Universidad Libre.
- Ramos A., J. (2004). *Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Leyer.
- Rodríguez, L. (1999). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Semana. (2014). *Alarma en La Guajira por 37.000 niños desnutridos*. Recuperado en febrero de 2016, de <http://www.semana.com/nacion/articulo/en-guajira-hay-37000-ninos-con-desnutricion/396788-3>
- Tamayo J., J. (2013). *Tratado de responsabilidad civil (2 tomos)*. Bogotá: Legis.

## CURRICULUM VITAE

**Yessica Yepes Parra:** Estudiante de Derecho y del diplomado en profundidad sobre responsabilidad estatal de la Institución Universitaria de Envigado.

**Natalia López Muñoz:** Estudiante de Derecho y del diplomado en profundidad sobre responsabilidad estatal de la Institución Universitaria de Envigado.

**Juber Harry Camargo Pulgarín:** Estudiante de Derecho y del diplomado en profundidad sobre responsabilidad estatal de la Institución Universitaria de Envigado.