

**RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO
FRENTE A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Jennifer Dayanne Bermúdez Garrido

Emilce Cortés González



UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Vigilada MINEDUCACIÓN

Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2022

Responsabilidad de Estado Colombiano frente a los niños, niñas y adolescentes

**Jennifer Dayanne Bermúdez Garrido
Emilce Cortés González**

**Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de especialista en
Derecho Administrativo.**

Docente,

Paula Mazuera Ayala



**UNIVERSIDAD
La Gran Colombia**

Vigilada MINEDUCACIÓN

Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho

Universidad La Gran Colombia

Bogotá D.C

2022

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCIÓN	7
OBJETIVOS	9
OBJETIVO GENERAL.....	9
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
MARCOS DE REFERENCIA.....	12
MARCO TEÓRICO.....	12
MARCO CONCEPTUAL	18
PROTECCION ESPECIAL DEL MENOR	18
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.....	19
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO	19
REPARACIÓN INTEGRAL.	19
MARCO JURÍDICO.....	20
MARCO JURÍDICO INTERNO.....	20
MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL	22
JURISPRUDENCIA.....	24
METODOLOGÍA	26

RESULTADOS.	28
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL DEBER DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	28
EL DEBER DE PROTECCION DEL ESTADO DE ACUERDO CON EL DERECHO INTERNACIONAL ...	28
PROTECCIÓN REFORZADA DE LOS MENORES EN CIRCUNSTANCIAS DE VULNERABILIDAD.....	31
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL DEBER DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.	33
NIÑAS YEAN Y BOSICO Vs. REPÚBLICA DOMINICANA, SENTENCIA 8 DE SEPTIEMBRE DE 2005	33
ROSENDO CANTÚ Y OTRA Vs. MÉXICO, SENTENCIA 31 DE AGOSTO DE 2010.....	34
FAMILIA BARRIOS Vs. VENEZUELA, SENTENCIA 24 DE NOVIEMBRE DE 2011	36
ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE AL DEBER DE PROTECCIÓN Y CUIDADO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	37
REGÍMENES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	38
TÍTULOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO	43
PROTECCIÓN DEL MENOR EN LA PRIMERA INFANCIA.	46
ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL RECLUTAMIENTO DE MENORES- FALLA EN EL SERVICIO.	47
CONCLUSIONES.....	49
LISTA DE REFERENCIA	52

Resumen

Los niños, niñas y adolescentes, son sujetos de especial protección para el Estado Colombiano, no solo porque así lo diga la Constitución Política, sino porque con el avance del Derecho internacional humanitario, se promulgaron mecanismos de protección de derecho de carácter humano que tiene como propósito elevar la calidad del menor, para que sus intereses sean prevalentes, dando origen a lo que en derecho se conoce como el principio del interés superior del menor, por esto la sociedad, la familia y en especial el Estado tienen que estar vigilantes de que cada uno de los niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar del goce de sus derechos fundamentales, pero ¿Qué pasa cuando la protección de esos derechos no se da? ¿Cómo se establece la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la aplicabilidad del principio del interés superior del menor? Estas preguntas serán resueltas a través del método de investigación cualitativo el cual permitirá a través de la consulta de texto científicos, doctrinantes y tratadistas que guiaran la solución de los objetivos de investigación encaminadas hablar de la responsabilidad del Estado conforme el Artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y a los mecanismos internacionales ratificados por Colombia, para poder llevar a cabo este trabajo con enfoque jurídico y académico.

Palabras claves: Responsabilidad Extracontractual del Estado, Interés superior del menor, Falla en el servicio, Responsabilidad patrimonial, daño antijurídico.

Abstract

Children and adolescents are subject to special protection for the Colombian State, not only because the Political Constitution says so, but also because with the advancement of international humanitarian law, a human rights protection mechanism was enacted that has as purpose of raising the status of minor, so that their interests are prevailing, giving rise to what is known in law as the principle of the best interests of the minor, for this reason society, the family and especially the State must be vigilant that each of the children and adolescents can enjoy the enjoyment of their fundamental rights, but what happens when the protection of these rights is not given? How is the non-contractual responsibility of the State established on the applicability of the principle of the best interests of the minor? These questions will be results through the qualitative research method which will allow through the consultation of scientific, doctrinal and treatise texts that will guide the solution of the research objectives aimed at talking about the responsibility of the State in accordance with Article 90 of the Constitution. Policy of 1991 and the international mechanisms ratified by Colombia, in order to carry out this work with a legal and academic approach.

Keywords: Non-contractual liability of the State, best interests of the minor, service failure, patrimonial liability, unlawful damage.

Introducción

La responsabilidad del Estado es la obligación que se da partir de un daño antijurídico producido a cargo del Estado por ocasión de la acción u omisión de los hechos producidos a cargo de sus entidades o funcionarios, encausando en el deber de reparar daños a nivel patrimonial, esta obligación de responder de manera administrativa está contenida en el Artículo 90 de la Carta Política estableciendo la responsabilidad patrimonial del que el Estado por los daños antijurídicos que se le imputen.

En el primer título de los resultados, se encontrara la fuente de obligación de garante y por lo tanto la manera en cómo se establece la responsabilidad del Estado para que se le haga exigible el cuidado de los menores, haciendo énfasis en aquellos menores que por sus diferentes condiciones se encuentran en condición de vulnerabilidad y por ende están bajo la custodia del Estado, bajo este presupuesto el Estado adquiere una condición aún más especial y reforzada para la obligación de proteger a estos menores, pues que no cuentan con el apoyo de la sociedad o la misma familia para trabajar en conjunto y crear las garantías para el goce y disfrute de sus derechos en sus diferentes etapas de formación.

En el segundo título se encuentra el análisis de tres sentencias de la Corte interamericana de Derechos humanos que analizan el deber de protección de Estado que se les reclama a algunos países de América conforme a que hacen son Estados parte de la Convención interamericana de Derecho Humanos y que adema han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, en esta oportunidad sobre situaciones en donde los menores se encuentran en vulnerabilidad y por lo tanto el Estado debe actuar conforme al principio del intereses superior del menor.

En el tercer título se habla del alcance del a responsabilidad del Estado por el deber de protección, obligación que también se encuentra consagrada en el Artículo 90 de la Constitución

Política, donde se le obliga al Estado a responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables por ocasión de la acción u omisión de las autoridades públicas, por lo que se toma por ende la situación de vulneración de derechos que se desencadena del conflicto armado, que involucra a niños, niñas y adolescentes que lastimosamente al vivir en zonas aisladas del país terminan por esta abandonados por el Estado y a merced de grupos al margen de la ley que perpetran una gran cantidad de vejámenes en su contra poniendo en riesgos su crecimiento y fonación como niños niñas ya adolescentes.

Objetivos

Objetivo General

Determinar los elementos Constitucionales para la declaratoria de la responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes.

Objetivos Específicos

1. Explicar la forma en que la doctrina ha abordado la responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes.
2. Identificar los presupuestos jurisprudenciales de responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes.
3. Determinar el alcance de la responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes.

Planteamiento del problema

Todos los niños, niñas y adolescentes, indiscutiblemente son sujetos de especial protección, por lo que esa protección se extiende para abarcar todas las formas de violencia, explotación y abuso. Sin embargo, a nivel mundial los menores son víctimas de diferentes afectaciones a sus derechos fundamentales y a su proceso de crecimiento, enfrentándose a etapas que interrumpen o aceleran sus procesos y por ende terminan siendo víctimas en diferentes aspectos, aun así, millones de niños, niñas y adolescentes en el mundo son víctimas de todo tipo de violencias.

Lastimosamente, Colombia no es la excepción, pues a diario 97 menores en Colombia son víctimas de algún tipo de violencia, desde las zonas rurales hasta las urbanas los menores en diferentes circunstancias enfrentan diferentes niveles de violencia, donde si se parte de que son sujetos de Especial protección, no solo a nivel nacional por el derecho interno sino por el derecho internacional, crean por lo tanto una responsabilidad del Estado que se fundamenta en el accionar o el omitir gestiones correspondientes a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Bueno, 2021).

La violencia hacia un menor puede presentarse además desde el núcleo familiar mismo, la convivencia en las aulas de clase hasta en casos dolorosamente comunes en las zonas rurales como puede ser el reclutamiento ilícito de menores, donde se evidencia la ausencia del Estado en la falta de vigilancia y cuidado. Los menores viven violencia, explotación y abuso que con más frecuencia de la que se cree es perpetrada por personas de su mismo entorno, personas que se encuentran conviviendo con el niño, niña o el adolescente, es decir son sujetos cercanos a los menores. Esta afirmación incluye a los mismos padres, parientes, cuidadores, docentes e incluso otros niños (FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA [UNICEF, s.f.]).

La responsabilidad de cuidado sobre los niños, niñas y adolescentes recae en el Estado puesto que como ya se mencionó existe una responsabilidad internacional que le hace primer responsable de la protección y sancionador sobre todas las situaciones donde se evidencia vulneración de derechos humanos, en este tema mucho más pues se trata de sujetos como son los menores que aun dentro de la normatividad colombiana les asiste una obligatoriedad de asistencia y protección.

Con frecuencia problemáticas de vulneración de derechos de los menores, se concentran en los hogares, las escuelas, y otros lugares de carácter público privado que convocan niños, niñas y adolescentes. Los muchos niños, niñas y adolescentes, se ven expuestos a distintas formas de violencias, abusos y explotación, por personas que los rodean, tan cercanas como sus familiares hasta sus mismos padres, estas situaciones también ocurren en los lugares donde se presumen que son entornos protectores, por ejemplo Colegios o centros comunitarios de carácter público o privado, la violencia aumenta cuando se trata de niñas, a propósito de indicadores de violencia basados en género, que marcan esta tendencia y otros indicadores que reflejan problemáticas como la violencia armada, el trabajo infantil, el acoso escolar y la existencia de pandillas alrededor de los menores y que como situación peligrosas generan riesgo de daño para esta población (Digitalizados, 2022).

Hacer este ejercicio académico permita identificar como se desarrolla la responsabilidad del Estado con respecto de la protección de los menores, teniendo en cuenta que se trata de una población que ostenta un nivel mayor de protección de vulneración de Derechos Humanos en armonía con lo anterior, la pregunta que fundamenta este trabajo investigativo, académico y jurídico es ¿Cuáles son los elementos Constitucionales para la declaratoria de la responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes?

Marcos de referencia.

Marco teórico

Sobre las teorías de la responsabilidad Estatal

-La Responsabilidad Estatal como Aplicación del Principio de Legalidad, cuando se introduce el principio de legalidad en el ordenamiento colombiano por desencadenamiento se produce un desarrollo del concepto de la responsabilidad estatal, pero es inevitable no traer a colación que la teoría de la responsabilidad estatal que se da en Francia a través del fallo Blanco en 1873.

El fallo blanco es una sentencia muy importante del derecho administrativo fue pronunciada por el tribunal de conflictos de Francia el 8 de febrero de 1873, en un caso relativamente sencillo, lo hechos versan sobre un accidente, en el cual una niña que había sido atropellada por un carruaje de una fábrica de tabacos perteneciente al Estado, a raíz de este accidente, el padre demanda civilmente pidiendo una indemnización al juez, con fundamento en las reglas de responsabilidad contenidas en el Código Civil.

Frente a esta demanda al tribunal de conflictos fórmula el razonamiento Zarate (2016), dice que:

Considerando que la responsabilidad que podría incluir al Estado con razón a los daños ocasionados con particulares como resultado de las actuaciones de las personas empleadas para la gestión de los servicios públicos, no pueden regirse por los principios que se establecen en el Código Civil para las relaciones entre particulares de responsabilidad, no es ni general, ni absoluta, porque se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio, de las necesidades de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados (p.3).

Se resuelve que el asunto debe ser juzgada por la justicia administrativa y no por la justicia civil, dado que el régimen jurídico de fondo de esta responsabilidad demandada no es y no viene determinado por el Derecho civil sino por el derecho administrativo, entonces el asunto debe ser analizado por las jurisdicciones administrativas y no por las jurisdicciones ordinarias.

Aunque es un caso modesto, pequeño porque es un accidente de lesiones, el propósito es determinar cuál es el tribunal competente para conocer de una cosa u otra, la sentencia tiene una relevancia desde varias perspectivas muy importantes.

Sobre todo para la idea misma del derecho administrativo y esto por cierto puede tener algunas connotaciones peculiares en Francia y fuera de ella, desde luego, la sentencia importa el rechazo del modelo al Código Civil esto es muy significativo, quiere decir que el derecho administrativo se caracteriza por la búsqueda de soluciones peculiares, soluciones propias, diferentes a las que puedan entregarse desde otra perspectiva de disciplinas jurídicas respetables con algunas tradiciones significativas.

Primero particularmente en el caso francés, esto significa el rechazo al derecho legislado aplicable a los privados y entonces habilitación a la jurisprudencia para búsqueda de soluciones peculiares, pero además otra importancia metodológica se fija en ciertos criterios que son aquellos que van a guiar la tarea del juez, el descubrimiento de las soluciones más apropiadas para este tipo de problemas y este método consiste en un ejercicio de balanceo, de equilibrio entre los intereses del Estado y los intereses particulares, derechos del Estado y derechos de los particulares y las necesidades del servicio (Zarate, 2016).

El fallo tiene la particularidad de importar el reconocimiento de la responsabilidad del Estado en cuanto al fondo, no como una responsabilidad que está emergiendo en este momento con carácter general, porque si existían algunos precedentes en el derecho francés, sobre todo en

materia de obras públicas, pero no con la extensión con que va a empezar a tener a partir de 1873. Un dato adicional que hay que tomar en consideración, es que quizás, el razonamiento que se contiene en la sentencia blanco, no es completamente original, ya existían precedentes que iban más o menos en las mismas ideas.

Particularmente es notorio en el caso del fallo Rothschild de 1855 (Atuesta, s.f), pero hay un factor relevante en 1872, apenas un año antes y esta es quizás una justificación histórica de la relevancia del fallo blanco, apenas un año antes en el Consejo de Estado, la jurisdicción administrativa adquirió un carácter de jurisdicción plenamente, hasta entonces la última palabra la tenía el menos formalmente el propio ejecutivo, desde ese momento la jurisdicción administrativa reposa íntegramente en los tribunales que forman parte de ella, el Consejo de Estado en su cabeza.

El pronunciamiento del tribunal de conflictos, importa en cierto modo como un acto de fe, un acto de confianza en la justicia administrativa que esta haciendo y qué de hecho va a desplegar todo su potencial desde entonces y hasta podría decirse los primeros 40 años del siglo XX (Arret, 2017), ahora bien, parte de la fortuna que tuvo la sentencia blanco para la doctrina francesa, es reconocimiento de la idea de servicio público.

Hay que afirmar que el fallo habla del servicio público pero aparentemente en 1873, la idea de servicio público que ya existía con anterioridad de hecho en el fallo Rothschild, es decir en 1855, no es exactamente la misma noción de servicio público que se debe desarrollar por la doctrina más bien solidarista o socialdemócratas durante el siglo XX, entonces probablemente la importancia que tuvo la sentencia blanco, sea más imaginada que real, de hecho por lo demás la solución misma que se aporta en el derecho francés, probablemente hoy día no sería o no estaría en vigencia en una empresa pública, un organismo empresarial como una fábrica de tabaco, no

está sujeta propiamente a las reglas de responsabilidad administrativa, sino más bien a las de responsabilidad civil.

-La responsabilidad del Estado aparece con el movimiento liberal que se concretó cuando surge el concepto del Estado de Derecho, aunque cabe mencionar que antes no había un principio o doctrina jurídica sobre el tema de la responsabilidad porque no se conocía dicha posibilidad, pues solo viene a ser desarrollada y formulada en el año 1873.

Esta afirmación la encontramos en el autor Parra (2003) quien dice que, del Estado liberal clásico, aparece verdaderamente en el momento de la que se incorpora el concepto de responsabilidad del Estado a nivel Patrimonial, se pretende elevar los derechos como el de la libertad la seguridad, derechos como la propiedad y cualquiera que genere la necesidad de que el Estado repare de manera patrimonial a quien padeció el daño antijurídico (Parra, 2003).

-El Derecho Civil como marco para la aplicación de la responsabilidad estatal, la primera forma de reclamo que existió para poder materializar la responsabilidad del Estado no fue a través del derecho administrativo puesto que en vista que el derecho público no tenía un avance tan profundo como el derecho civil se optó por atacar la responsabilidad del Estado por este último. El código civil ofrecía en cada caso una normatividad general frente a la responsabilidad del Estado y la Administración, en varios países del mundo como Italia, Inglaterra y algunos países de Latinoamérica se desarrolló así hasta el siglo XX.

El Código Civil es la norma que permitió atacar los conflictos resultantes de la jurisdicción civil u ordinaria, pero en el siglo XX se le daba un trato al funcionario público como si este fuera un simple mandatario del poder público, la primera responsabilidad de la que se habló para atribuirle al Estado se llamó culpa in eligendo y la culpa in vigilando, esta era un tipo de responsabilidad indirecta (Jimenez, 2013).

La Adopción de un principio especial de responsabilidad estatal, cuándo se procede a hacer la adopción de un principio especial de responsabilidad Estatal, ya se empieza a hacer responsable directamente al Estado de manera patrimonial, por aquellos daños que le haya causado a particulares cuándo estos accedan a servicios públicos y ya no podía ser establecida dicha responsabilidad por principios que se encontrarán en el código civil, pues este último trata de las relaciones y las consecuencias de las mismas, que se efectúan entre los particulares más no entre los particulares y el Estado.

Por lo tanto con el Fallo Blanco de 1873 se concluye que, primero que se reafirmaba el principio responsabilidad del Estado por todos los daños o efectos negativos que a través de los servidores públicos se le ocasionaron a los particulares, segundo se habló de que esta responsabilidad tiene un carácter especial, tercero, ya la responsabilidad no podía estar basada en principios del Código Civil, cuarto, para establecer la responsabilidad debe basarse en servicios públicos prestados donde la conciliación se puede hacer presente para negociar los derechos generales con los particulares, y por último que los procesos que se derivaron de este tipo de responsabilidad, tendrían que ser resueltos dentro del derecho administrativo, pues el Derecho Civil ya no era competente, posteriormente en diferentes partes del mundo se empezó a evolucionar sobre la responsabilidad estatal, en Prusia se adoptó en 1909 en Estados Unidos en 1946 en Italia en 1947 (Parra, 2003).

-Responsabilidad directa e indirecta del Estado, esta teoría hace una división, por un lado, habla de que existe unos directores y representantes, los cuáles serán los órganos a través de los cuales se expresa la voluntad jurídica del Estado, por el otro se encuentran los auxiliares dependientes cuyas actuaciones se realizan en calidad de representantes. Los primeros serán titulares de la responsabilidad Estatal directa y los segundos de la responsabilidad Estatal

indirecta, en la segunda tipología es donde se desencadena una indemnización que deberá pagar el Estado, sin embargo, esta tesis se abandonó con el tiempo, puesto que se vio la dificultad de poder diferenciar entre los agentes o los ejecutores y los representantes o directores y se adoptó especialmente la responsabilidad directa del Estado (Henaó, 1996).

-Teoría de la Falla o Falta del Servicio, aparece entonces una teoría sobre la falla en el servicio qué es cuando se ocasiona un daño o un perjuicio por parte de un ente público, que no actúa en el momento en que debía hacerlo, actuó mal o lo hizo de manera tardía, la falla en el servicio tiene 7 características; la primera se produce con ocasión de un servicio, la segunda se produce un tipo de responsabilidad directa, la tercera el factor de impugnación especial, la cuarta supone que la culpabilidad o negligencia de la Administración sea demostrada, la quinta tiene un carácter relativa o limitada, la sexta de aplicación en las obligaciones de medio mas no en las de resultado y la séptima característica considera el sistema ordinario y la responsabilidad en el marco del régimen de la imputación subjetiva (Aponte, 2015).

El fundamento de la teoría de la falla del servicio sustenta que entre propósitos principales del Estado se encuentra el de prestar servicios públicos a la comunidad, aquellos que se requieran para garantizar la satisfacción de las necesidades de las personas que se encuentran en el territorio colombiano.

A su turno “no importa si hubo o no culpa del agente; basta la falla en la prestación del servicio a cargo del Estado. Quien es responsable debido a su deber de prestar un servicio público, función en la cual radica su existencia. Es la irregularidad del servicio el que compromete directamente al Estado” (Gonzalez, s.f, p.3).

Marco Conceptual

Protección especial del menor

En la mayoría de los países del mundo y también para Colombia un menor de edad será la persona que tenga una franja de edad menor a 18 años, como se está hablando de niños, niñas y adolescentes resulta relevante recordar que este grupo poblacional cuenta con protección especiales y un interés superior para el Estado (CC, T-348/16, 2016). La corte ha explicado que dicha protección especial reposa en que el Estado tiene que preocuparse por brindarle al menor las oportunidades que sean las adecuadas e idóneas para su correcto desarrollo prestando los servicios necesarios para que pueda estar protegido en su entorno en todos los aspectos que le puedan afectar, puesto que, debe garantizarle el pleno de sus derechos fundamentales.

Principio del interés superior del menor: A partir de la Convención sobre los derechos del niño en el artículo 3 se establece que los Estados deberán tomar medidas pertinentes para que las instituciones públicas o privadas actúen en pro de la protección del bienestar social de los menores, así como deben actuar con vigilancia de la aplicación del principio del interés superior del menor.

Se deberá tener en cuenta con primacía en los tribunales y por las autoridades administrativas, lo que significa que el Estado es el primer responsable de brindar la protección en atención al interés superior del menor. En el artículo 19, se establece que todos los Estados que hayan ratificado dicha Convención deberán actuar en pro de que en ningún momento se les perjudique a los menores ni de manera física, ni de manera mental, apartándolos de los tratos negligentes o de explotación (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 19).

Responsabilidad del Estado

Es una obligación que reposa en tus hombros del Estado, puesto que esté por una acción u omisión, cómo lo estipula el artículo 90 de la Constitución Política ocasiona un daño antijurídico y se genera una necesidad de reparar los daños causados, ya sea por crímenes o desastres naturales y la reparación parte del principio de la buena fe, la responsabilidad del Estado es un deber constitucional donde la manera de reparar es de forma patrimonial (Const. P., art. 23, 1991).

Responsabilidad extracontractual del Estado

Hay dos elementos que conforman la responsabilidad extracontractual del Estado primero que la responsabilidad provenga por parte del estado a través de sus entidades o funcionarios ocasionando un daño antijurídico y segundo, que dicha imputación del ese daño se le pueda indilgar al Estado (Motta & Baracaldo, 2010).

Reparación integral.

En cuanto a la reparación integral Triviño, 2017 “tiene como titular de este derecho no solamente a las víctimas de hechos de violencia por desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, masacres, violaciones a las garantías del debido proceso, sino también se conoce como víctima, a aquellas personas que hayan sufrido daños, lesiones físicas o mentales, daños emocionales, pérdida de los derechos fundamentales” (p.45) y es el punto en el cual cualquier persona que cumpla con cualquiera estas condiciones pueda reclamar una reparación integral al Estado.

En el sentido de que el Estado ha permitido que estas personas fueran afectadas conforme la protección del Derecho Internacional humanitario, en este caso para los menores, niños y niñas

con los diferentes mecanismos internacionales creados para la protección de los mismos. El papel del Estado deberá ser buscar una reparación de las víctimas a través de una restitución que involucra la inversión de recursos por parte del Estado puesto que deberá reparar a través de una indemnización, una rehabilitación cuando sea necesario y brindar una garantía real de no repetición de aquellas situaciones criminales que llevaron a la afectación de los bienes jurídicos tutelados de los menores (Triviño, 2017).

Marco Jurídico.

Marco jurídico interno

Para efectos del presente, y en el marco de las disposiciones normativas de orden nacional, sobre la responsabilidad extracontractual del Estado frente a niños, niñas y adolescentes, según la Constitución Política (1991) en su Artículo 90 explica que:

El Estado deberá responder desde el ámbito patrimonial por cada uno de los daños antijurídicos que se puedan demostrar como responsable de los mismos, se debe tener en cuenta que estos actos habrán sido causados por la acción o la omisión de los funcionarios que representan al mismo Estado (p. 16).

A su turno la Ley 12 de 1991 ratifica la convención de los derechos de los niños en Colombia donde los principios rectores son el interés superior del niño, en la participación, vida supervivencia y desarrollo más la no discriminación, el artículo 20 de esta disposición considera la protección especial del Estado en caso de que la familia como organismo garante de protección no ejerza tal función, ante la exposición de ambientes dañinos o agresivos para los derechos fundamentales del menor.

En el Código penal Ley 599 del 2000, se identifican varios tipos penales que interponen el principio de protección del interés superior del menor cuando suscriben circunstancias como

agravantes punitivos si se trata de conductas que tiene entre sus víctimas a menores de edad, así como también se puede notar que en el Código de Procedimiento Penal se estipulas algunas formas de negociación entre la defensa y la fiscalía con el propósito de dar una terminación más temprana del proceso, estas se limitan en el sentido de que si hay un menor involucrado por ejemplo el principio de oportunidad ya no podría aplicarse, pues no se puede negociar con las afectaciones de derechos que puedan sufrir los niños, niñas y adolescentes. Por lo que se puede evidenciar que a través del poder punitivo y sancionador del Estado esta elevado hacia una protección especial la de los interese de este grupo poblacional, tan protegido en el derecho interno como en el derecho internacional.

En la Ley 742 del 2002, que permite la aplicabilidad del Estatuto de Roma propuesto por la Corte penal internacional, promulgado a través del Decreto 2764 del 2002 Colombia incorpora a la normatividad elementos que refiere a la protección de niños, niñas y adolescentes, en lo que tiene que ver con alistamiento y reclutamiento de menores.

Según la Ley 975 del 2005 cuando se trata de vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, esta ley es fuente para el derecho, puesto que brinda una protección específica para aquellos menores que han sido víctimas por ejemplo del reclutamiento ilícito y crea una obligación para el Estado porra que a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en representación del Estado se encargue del restablecimiento de derechos de estas menores víctimas de la violencia.

En desarrollo de la normatividad interna Ley 1098 del 2006 conocida como el Código de Infancia y adolescencia estipula de manera más centralizada el concepto de protección integral de los niños, niñas y adolescentes, en los primeros artículos de este código se puede identificar toda una organización que se desarrolla bajo este propósito.

La Ley 1620 del 2013 y su decreto reglamentario 1965 del mismo año crea 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, de cara a la articulación de la familia, la escuela y las entidades estatales en las garantías de Derechos de niños, niñas y adolescentes, en el marco de la garantía de Derechos y la promoción de entornos protectores.

Marco jurídico internacional

A nivel internacional el mecanismo jurídico más importante para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, también ratificado por el ordenamiento jurídico colombiano, es la Convención sobre los derechos del niño, conformando la expedición de los derechos de la niñez que se promulgó a través de la Organización de las Naciones Unidas, esta promulgación buscaba crear una reflexión crítica sobre una evaluación por parte de cada Estado para identificar si efectivamente estaba haciendo el cumplimiento de los derechos de los menores, proceso que se ha materializado a través de la escritura y promulgación de la Constitución de 1991.

Pero también desde disposiciones previas a la Constitución, pues en la década de los 90 ya se realizaban acciones a favor de la infancia, demostrando que el Estado si tenía interés en hacer compromisos como garantes de derechos y protección de los menores, por eso es que se promulga la Ley 12 de 1991, la cual trata de incorporar al ordenamiento colombiano, una protección integral para los niños, niñas y adolescentes.

Estableciendo que los menores no son objetos, sino, sujetos de derecho, asimismo, en la Constitución se puede encontrar a través del artículo 44, que los menores no son un sujeto cualquiera que pertenece a la sociedad, pues tienen prevalencia sus derechos sobre los de cualquier otro y por eso se catalogan como el interés superior del niño.

La doctrina sobre este tipo de protección hace parte de la Constitución Política del 91 los artículos 5, 42, 43, 44 y 45, estableciendo que cuando Colombia se compromete a ofrecer una protección integral de los menores, estos se consideran sujetos plenos con autonomía del derecho y no son objetos de proteccionismo y compasión.

Es por eso que bajo esta aceptación se recurre al derecho internacional y regional, con el propósito de incluir a los menores niños niñas y adolescentes dentro del ámbito de protección de Derechos Humanos, que tendrán aplicabilidad a asuntos de infancia, el momento en el que se implementa la adopción de mecanismos internacionales se crean medidas legislativas y administrativas que generan una obligación sobre las instituciones públicas y privadas, así como los tribunales y las autoridades administrativas para atender de manera prioritaria todos los asuntos donde existan menores afectados.

La protección del menor viene declarada desde la Declaración universal de los Derechos Humanos, que se proclamó a través de la asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre 1948, estableciendo que todos los seres humanos deben gozar de condiciones de igualdad, así como que los derechos sexuales y reproductivos son inherentes a los Derechos Humanos, siendo parte de este conjunto de instrumentos.

Asimismo, también la Declaración de los derechos del niño y por parte de algunos instrumentos convencionales, debe mencionarse que Colombia ha ratificado el Pacto internacional de los Derechos civiles y políticos, el Pacto internacional de los derechos económicos sociales y culturales, que fueron introducidos a la aplicabilidad del ordenamiento interno por medio de la Ley 74 de 1968.

Posteriormente se ratifica la Convención Interamericana de Derechos Humanos(CIDH), la cual se introducen por medio de la ley 16 de 1972, más adelante se ratifica el Protocolo

adicional de la convención americana sobre los derechos humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales más conocido como el protocolo de San Salvador a través de la Ley 319 de 1996.

Como ya se mencionó la protección del menor en Colombia deviene del artículo 44 de la Constitución Política, haciendo responsable al Estado ante las instancias internacionales por el cumplimiento y aceptación de qué sobre el menor recae un interés superior y por lo tanto, su protección es primero que cualquier otro, haciendo que los servidores públicos del Estado colombiano, los particulares, los prestadores de servicios de otras entidades administrativas y judiciales, deban tener como prioridad la atención de los asuntos que tengan que ver con menores.

Durante el último quinquenio el Congreso de la República, ratificó algunos otros instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, como por ejemplo el Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil de la organización Internacional del trabajo, expedido en 1999 que específicamente en el artículo 3, prohíbe la utilización el reclutamiento o la oferta de niños para la producción de pornografía o actuaciones pornográficas, este Convenio se ratificó a través de la ley 704 el 2001, más adelante la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas la cual es ratificada por la ley 707 del 2001

Jurisprudencia

Sentencia con Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00116-01(28077), del Consejo de Estado, caso que se refiere a la Falla del servicio ya que dentro de este centro de cuidado del menor uno de niños que estaban bajo su protección resulto quemado por una olla que tenía agua hirviendo, se procede a través del Consejo de Estado a declarar la responsabilidad del

cuidado del menor que recaía en los hombros del ICBF pues estos hogares comunitarios son de responsabilidad de esta entidad, ya que por dichas quemaduras el menor perdió la vida, la responsabilidad se le imputa porque dicho hogar tenía que haber tomado medidas preventivas para el cuidado de los menores.

Sentencia con Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00298-01(29533) de Consejo de Estado analiza un caso en donde pierde la vida una menor quien por falta de cuidado del hogar a cargo del ICBF se pone la vida de la menor en riesgo, la responsabilidad se identifica a través de la falla en el servicio, ya que la menor tenía tan solo 7 meses de vida y por lo tanto era una menor que no podía auto determinarse y no contaba con una madre que pudiera estar a su cuidado haciendo que por ende fuera el ICBF quien asumiera la posición de garante de la vida en este caso de la menor.

La sentencia 29533 este caso inicia por el medio de control de reparación directa por una madre que actúa en nombre de su hijo buscando que al estado se le declare patrimonialmente responsable puesto que en un hogar de cuidado que era a cargo del ICBF se efectuó por negligencia la muerte de la menor Natalia Sandoval Martínez (Consejo de Estado, 2013).

Metodología.

Esta investigación tiene una fundamentación jurídica académica y de análisis desde el derecho internacional llevado hasta el derecho interno de Colombia conforme a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, teniendo en cuenta además que la información recopilada en la gestión de este trabajo se obtuvo a través de consulta de libros de doctrinantes, jurisprudencia y artículos científicos que permitieron llegar a la solución de la pregunta problema y establecer cuáles son los parámetros que se deben tener en cuenta para poder responsabilizar al Estado de manera patrimonial sobre la violación de derechos humanos que pudieran vivir los menores, niñas niños y adolescentes en las diferentes etapas de sus vidas, partiendo también de circunstancias que puedan interrumpir el correcto desarrollo del crecimiento sano a nivel psicológico y físico del menor dentro de la sociedad.

Enfoque: Esta investigación tiene un enfoque de investigación cualitativa, puesto que a través de esta “el objetivo de la investigación cualitativa es la comprensión, centrando la indagación en los hechos; mientras que la investigación cuantitativa fundamentará su búsqueda en las causas, persiguiendo el control y la explicación” (Steak, 1995, p.2), por lo cual con apoyo en esto, y entendiendo que el enfoque cualitativo tiene el interés de la recolección de datos, sin tener en cuenta análisis de estadísticas o datos numéricos, lo que permite entonces guiar el análisis de los datos obtenidos a partir de conceptos, pensamientos y teorías. Además, busca analizar el fenómeno a partir de su realidad para entenderlo, lo que fue pertinente con lo pretendido en este estudio.

Método: las fuentes de recolección de la información se encontraron en las páginas de la UNICEF, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) del ICBF del Ministerio de Educación Nacional, páginas gubernamentales y distritales que permiten identificar la realidad

de la aplicabilidad de las normas tales como los mecanismos internacionales y normas de derechos interno que hacen responsable al Estado por acción u omisión de las entidades que lo representan.

Técnicas de análisis de la información: El método de análisis de la información escogido es el enfoque sistemático partiendo de la definición que propone Kogan, que dice que: “el enfoque sistemático tiene como propósito el de analizar lo que a nivel lineal una serie de hechos o acontecimientos. El análisis se realiza de forma secuencial” (Kogan, 2017)

Este enfoque ya aplicado a el análisis de la información se escogió puesto que el propósito es realizar un rastreo de la normatividad y acontecimientos que propiciaron la creación de una regulación en búsqueda de proteger los derechos fundamentales de los menores conforme la calidad a la que son elevados por el derecho internacional, la jurisprudencia y el derecho interno mismo de Colombia, que como punto de partida está el Artículo 44 de la Carta.

Resultados.

La responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes.

El deber de protección del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional.

Cada uno de los Estados tiene su manera de establecer mecanismos con el propósito de garantizar la protección de los derechos humanos, de eso se trata la autonomía que tiene cada Estado, pero en específico para este trabajo, la creación de dichas estrategias encaminadas a la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Esta responsabilidad viene de dos obligaciones principales, relacionadas directamente con la población de interés de este trabajo, obligación que se establece por medio de unos instrumentos internacionales, que por un lado se encuentran la Convención sobre los Derechos de los Niños y también la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos, de estos dos mecanismos internacionales se desprenden obligaciones que tiene que ver con el respeto y garantía de los derechos, así como de las libertades que se estipulan en el derecho internacional (Pezzotti, 2019).

Los Estados tienen que garantizar por obligación, el respeto de los derechos humanos y esta obligación se expande no solamente al Estado como institución, sino a los agentes que representan los ejercicios administrativos en las entidades, absteniéndose de actuar en contra de la ley o en contra de la Constitución y por supuesto en contra de todos los mecanismos internacionales adoptados por el país. Cuando el Estado ratifica la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos, está adquiriendo, por lo tanto, una obligación de garante que tiene como primer paso la de promover por medio de sus entidades u órganos, un efectivo ejercicio de la práctica de los derechos

humanos de los niños, niñas y adolescentes, para poder disfrutar de sus libertades y que sus derechos sean reconocidos.

En palabras más claras el Estado está obligado a crear políticas públicas o estrategias para proporcionar las condiciones adecuadas que permitan que los niños, niñas y adolescentes, puedan llevar a cabo el goce y ejercicio de sus derechos, como lo manifiesta la profesora (Galdamez, 2007) “que el Estado tiene un deber de protección en dos sentidos, por un lado la obligación de no hacer, es decir de no ser el generador de la vulneración de los derechos” y por otro lado el de hacer que tiene que ver con crear políticas preventivas, crear estrategias de investigación y tener el compromiso de sancionar aquellas vulneraciones de derechos para los niños, niñas y adolescentes (p.20).

Lo que se quiere decir, es que el Estado no puede simplemente limitarse al ejercicio de no hacer, sino que tiene que efectuar acciones positivas en el sentido de crear políticas preventivas para hacer más fácil, que las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción colombiana, puedan ejercer el disfrute de sus derechos humanos, dentro de las acciones positivas que debe asumir el Estado.

Es importante mencionar que cobra relevancia la protección especial de la que gozan los niños, niñas y adolescentes, protección que deviene del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde se impone al Estado el deber de elevar como prioridad las situaciones que tengan inmersa la participación de menores.

La convención sobre los derechos de los niños, es analizada a través de la Corte Interamericana Derechos Humanos, estableciendo que la responsabilidad de cuidado de los menores a pesar de que el primer respondiente si es el Estado, es un trabajo en conjunto de participación entre la sociedad y la familia, adicionalmente la Convención de los Derechos del

Niño en el artículo 2, estipula que los Estados que hayan ratificado dicho mecanismo internacional, deben asegurar la aplicación de este mecanismo para todos y cada uno de los menores que se encuentran dentro de su territorio.

Como complemento, el artículo tres del mismo instrumento establece que el Estado se compromete a crear las herramientas para proporcionar los cuidados necesarios para la educación, formación correcta y sana de los menores, en trabajo conjunto con padres tutores o las personas que se encuentran a cargo del cuidado del menor, tomando las medidas legislativas y administrativas adecuadas para llevar a cabo este propósito.

Por supuesto que todos los seres humanos tienen el derecho de gozar de un ambiente sano y además del disfrute de los Derechos Humanos, sin embargo, como ya se mencionó, los niños, niñas y adolescentes gozan de un estatus priorizado sobre todos los otros sujetos dentro del territorio nacional, pero no se puede dejar de lado la existencia de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de mayor vulnerabilidad, donde se necesita adicionalmente una protección especial, en que el Estado debe crear una herramienta especial para protección, pertinente, diferencial y personaliza que considere niños, niñas y adolescentes en su medio propio (Galdamez, 2007).

Esto para decir que bajo lo firmado por la Convención de Derechos de los Niños el artículo 3.3, otorga una obligación especial cuando se trata de menores en custodia del Estado, este artículo aclara que el servicio de estos menores debe proporcionarse en instituciones o establecimientos encargados de su cuidado y estas deben cumplir las normas basadas en la seguridad, sanidad, número y competencia de su personal indicando que los niños se encuentran en temporal o permanente privación del medio familiar, proporcionando el cuidado sobre el

interés que exija que no permanezcan en este medio, y se entenderán beneficiarios de la protección y asistencia especial del Estado (Griesbach, s.f).

Protección reforzada de los menores en circunstancias de vulnerabilidad.

Los niños que se encuentren bajo la custodia del Estado generan una obligación de garantía reforzada, en consideración al régimen de sujeción o vinculación especial. Esta posición de garante tiene implicaciones como, por ejemplo, el ejercicio de un significativo control y atención de estos menores que se encuentran bajo la protección o custodia, pues que no tienen a quien hacer exigible el cumplimiento y la satisfacción de sus múltiples necesidades, haciendo que, por lo tanto, el Estado sea el único capaz de asegurar el goce y ejercicio de los derechos.

Una aclaración pertinente es que el Estado a pesar de que tercerice dicho cuidado, ya sea por falta de capacidad institucional o por cualquiera que sea el motivo, el cuidado de los menores a sectores privados, no lo desliga de la obligación de responsabilidad de garante, sino que, adicionalmente se le exige que debe estar vigilante de que estas entidades públicas o privadas, que estén cumpliendo con las obligaciones encargadas para efectuar lo establecido por la Convención sobre la Protección de los Derechos de los Niños (Tamayo, 2004).

En el caso *Ximenes López vs Brasil* sentencia del 4 de julio del 2006, la Corte Interamericana Derechos Humanos ha subrayado que, cuando se trata de una condición de vulnerabilidad frente a los menores, partiendo de que la Convención de los Derechos del Niño, establece que el Estado es titular de la obligación de protección de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, que les impida la garantía de sus derechos de manera independiente y para satisfacer las obligaciones generales y garantía de los Derechos Humanos, se menciona nuevamente que no es suficiente con que un Estado no sea participe de la vulneración de derechos, sino que, debe crear medidas y estrategias positivas encaminadas a la

protección especial del sujeto de derecho, ya sea por la condición personal de los sujetos en la situación específica en que se encuentren.

Asimismo, en el caso de la comunidad indígena Yakyé Axa vs Paraguay de Sentencia del 17 de junio del 2005, se estableció que el Estado tiene algunas obligaciones ineludibles, como, por ejemplo, la posición de garante adquirida por el Derecho internacional protegiendo el Derecho a la vida, el Derecho a la vida digna y a no ser propiciador de medidas que impidan el ejercicio o creen dificultades para la garantía de protección de derechos humanos de estas comunidades.

En esta investigación se encontró, que la vulnerabilidad se divide en dos aspectos: por un lado, están las condiciones que afectan la vida y que ponen en extrema indefensión a la persona que se encuentra en escasos o nulos recursos económicos y sociales para poder satisfacer sus propias necesidades o poder sobrevivir en condiciones a nivel humanitario dignas. Y por otro lado, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está la situación de los niños que se encuentran en una condición de crecimiento, justificado con base a las diferencias respecto de las personas adultas para el efectivo ejercicio y la plena garantía de sus derechos, por lo cual la situación que viven los menores que se encuentran en situaciones con medios precarios económicos, sociales, espirituales o mentales para poder sobrevivir en condiciones humanitarias dignas o con impedimento del desarrollo, son considerados en situación de vulnerabilidad. (Marín, 2010)

Puesto que se pone en riesgo su aprendizaje y los Estados están en la obligación de fomentar el crecimiento físico, mental y espiritual, de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual serán estas las condiciones que imponen al Estado el deber especial de protección, puesto que

estos menores que cumplan estas condiciones se encuentran una situación de vulnerabilidad manifiesta.

Ejemplo de esto, son los menores que se encuentran viviendo en situación de calle, haciendo que, por lo tanto, vivan en extrema indefensión con relación a la efectiva tutela de sus derechos y desarrollo físico mental y espiritual, otra las circunstancias analizadas como condiciones de vulnerabilidad son aquellos menores que además de vivir en situación de calle, pertenecen a poblaciones con discapacidades o pertenecen a grupos tradicionalmente excluidos o discriminados. Creando como consecuencia que los Estados tengan obligación de poner énfasis al cumplimiento del deber especial de protección que se desprende del artículo 19 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Marin, 2010).

Responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes a la luz de la jurisprudencia.

Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, sentencia 8 de septiembre de 2005

La madre de Violetta Bosico, acudió el 5 de marzo de 1997 en Sabana Grande de Boya, en República Dominicana a la oficina civil, con el propósito denunciar que su hija menor de 10 años y la prima que tenía 12 años, se les había realizado un registro tardío de sus nacimientos, puesto que, las niñas nacieron en República Dominicana pero su ascendencia era haitiana, el fundamento de la denuncia recae en que a pesar de que contaban con los documentos requeridos, no se les permitía realizar el registro y por lo cual a las menores se les negaba dicho derecho de representación en el país de República Dominicana.

Situación que se remitió a la Corte Interamericana Derechos Humanos, el 11 Julio 2003, en la sentencia en el párrafo 133, en el que la Corte estipula que el Estado tiene que reconocer que todos los ciudadanos que se encuentran dentro de su territorio gozan de la especial

protección, aún más si se trata de menores, pues Violetta Bosico y su prima eran niñas, quienes en esta condición tenían derechos especiales a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.

Por lo tanto, se necesitaba una atención más rápida para las menores, en el párrafo 134 la Corte estipulo que el Estado tenía que prestar especial atención, puesto que las víctimas en estos hechos eran niñas y mujeres, por lo cual son individuos que hacen parte de los grupos identificados como que se encuentran en una situación más vulnerable.

Más adelante en el párrafo 167, se continúan complementando la situación de vulnerabilidad con base en que se trataba de niñas apátridas y con atención a eso, dicha situación compromete el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a los demás derechos y la protección especial de que son titulares, por lo cual, la Corte Interamericana derechos humanos, determina que el Estado Dominicano es responsable por la violación de derechos a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, que se encuentran declarados y los artículos 20 y 24 de la Convención Interamericana, en conjunto con el artículo 19 de la misma Convención y también el artículo 1. 1 del mismo instrumento, ocasionando un perjuicio a las niñas Delcia Yen y Violeta Bosico.

Rosendo Cantú y otra Vs. México, sentencia 31 de agosto de 2010

La menor Valentina Rosendo Cantú de 17 años, nació siendo perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa en México, los hechos acontecieron en el año 2002, cuando esta menor contrae matrimonio con el señor Fidel Bernardino Sierra, el día 16 de febrero del 2002, la menor se encontraba bañándose en un río, cuando 8 militares en compañía de un civil que se encontraba detenido en el mismo momento, rodean a la menor, la interrogaron todos los militares y uno de ellos le apunta con un arma en la cabeza, le muestran una foto y la menor indica que no conocía a la persona que se encontraba en dicha foto.

Ante la respuesta negativa de la menor, ella es golpeada con un arma en el estómago, al perder el aire cae al suelo y uno de los militares la toma del pelo para obligarla a dar información sobre la persona que estaban buscando, la agredieron en su rostro, la desnudaron y fue tirada al suelo nuevamente, uno de los militares la accede sexualmente, mientras al mismo tiempo es interrogada, sin ninguna humanidad luego de que el primer soldado termina su agresión sexual, el soldado que la estaba interrogando procede a penetrarla sexualmente.

Por consecuencia de estos hechos, la denuncia es informada y allega a la justicia penal militar, la cual decide archivar el caso, razón por la cual se remite la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 2 de agosto del 2009.

En el párrafo 201 la Corte señala que la víctima tenía 17 años, por lo cual es considerada menor de edad y de conformidad con el artículo 19 de la Convención Interamericana el Estado tenía una posición especial de garante, pues se trata de una menor y tiene la responsabilidad de tomar medidas con propósito de brindar una protección conforme al principio del interés superior de la menor.

Además de que se trataba de miembros del ejército mexicano, los cuales se supone deben actuar conforme a la protección de los ciudadanos, la condición de vulnerabilidad de la víctima se establece adicionalmente de que es menor, sumado a que pertenece a un grupo marginado por la sociedad y adicionalmente a un grupo indígena, el Estado tenía que haber adoptado medidas especiales a favor de la menor, no solo en el momento en que se instaura la denuncia sino en el momento de la investigación ministerial. Además, tratándose de una persona indígena que se encuentra afectada por la pobreza, lo que aumenta su situación de vulnerabilidad.

La decisión de la Corte procede a hacer responsable al Estado mexicano, por la violación de los derechos de la integridad personal, la dignidad y a la vida privada estipulada en los

artículos 5.1, 5.2, 11.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en concordancia con el artículo 1.1 y 6 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura adicional, también se ve comprometida el artículo 7.a de la Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en perjuicio de la señora Rosendo Cantú.

Familia Barrios Vs. Venezuela, sentencia 24 de noviembre de 2011

Este caso inicia el día 28 de agosto de 1998, cuando unos policías venezolanos detienen y proceden agredir ocasionando la muerte del señor Benito Barrios en Guanayen, posteriormente el 11 de diciembre del año 2003 el señor Narciso Barrios también es asesinado por policías y como precedente que complementa los hechos de este caso, el 3 de marzo del 2004 los Señor Jorge y Rigoberto Barrios son detenidos también por policías, agredidos y amenazados, para que como detonante el 19 de junio del 2004, más miembros de la familia Barrios, incluidos dos menores, fueran detenidos y agredidos por policías venezolanos.

Situación que se agravó cuando agentes policiales allanaron las propiedades de la familia Barrios, sustrajeron sus bienes y algunos fueron destruidos, por lo que bajó el miedo y la intimidación la mayoría de los integrantes de la familia Barrios dejan Guanayen y deciden trasladarse como desplazados a otras regiones.

La familia Barrios interpuso varios recursos, sin embargo, el Estado venezolano, no gestiono dichas investigaciones, como tampoco como consecuencia existía ninguna sanción para los responsables de los hechos, situación que generó que el caso se remitiera a la Corte Interamericana derechos humanos el día 26 de julio del 2010.

En el párrafo 55 la Corte menciona la necesidad y el deber especial de protección que debía haber prevalecido por parte del Estado venezolano, conforme a que habían en los hechos,

participación como víctimas de menores y por lo tanto, el Estado adquirió una posición especial de garante, donde se exige mayor cuidado y responsabilidad en el momento de tomar medidas, conforme a la práctica del principio del interés superior del niño, teniendo en cuenta que el Estado debía asegurar la creación de medidas positivas, encaminadas a la plena vigencia de los derechos del niño, teniendo en cuenta que existe una particular vulnerabilidad de estos y por lo tanto, el Estado no puede proceder a dar marcha a cualquier procedimiento si hay participación de menores en los operativos.

Como consecuencia, la decisión de la Corte Interamericana derechos humanos, declaró responsable el Estado Venezolano, por la vulneración de los derechos fundamentales de la vida, la integridad personal y la libertad personal, derechos que se encuentran estipulados en los artículos 4.15 y 7 de la Convención Americana Derechos Humanos en concordancia con el artículo 1 del mismo instrumento dónde se declaró como víctimas a los sujetos mencionados inicialmente, así como declarar la responsabilidad del Estado sobre la violación del derecho a la protección especial de los menores, la cual se encuentra estipulada en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Alcance de la responsabilidad del Estado frente al deber de protección y cuidado de niños, niñas y adolescentes.

En esta investigación se tuvo que tener en cuenta que son demasiadas las circunstancias en las cuales un menor puede ser víctima de vulneración de sus derechos así como la falta de garantía del Estado de su protección con relación a interés superior del menor, por lo cual es importante mencionar nuevamente que dependiendo de cómo ya se mencionó en los títulos anteriores a nivel general, el Estado si tiene un deber de proteger a los niños, niñas y

adolescentes, pero si es necesario deberá crear medidas apropiadas para los casos individuales para reparar a la víctima y brindarle garantías de no repetición.

Por lo que, dependiendo de la vulneración de derechos, ya sea violencia intrafamiliar, acoso escolar, violencia sexual, reclutamiento ilícito etcétera habrá maneras diferentes en que el Estado crea programas e instituciones que brindaran el acompañamiento requerido para atender las necesidades del menor.

Por lo que se podría establecer que entonces el alcance de esa responsabilidad del Estado, va dirigido, a procurar porque en las situaciones donde el Estado por ejemplo dejó desprotegidas a comunidades, como se ve en las zonas rurales y periféricas del país donde el reclutamiento ilícito y los crímenes de lesa humanidad son frecuentes cree programas para ayudar a esos menores que perdieron su niñez por el reclutamiento en grupos al margen de la ley, guiados a brindarles un acompañamiento para la re inclusión a la sociedad, compuesta por hogares sustitutos o recibiendo la custodia de estos menores en el ICBF.

Cuando se trata de eventos de conflicto de donde resultaron victimas niños, niñas y adolescentes se puede hablar de justicia transicional, con el propósito de que el Estado se haga responsable de forma material por su responsabilidad de cuidado y protección desde la perspectiva de la acción u omisión de mecanismos que pusieron en peligro los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Para poder identificar el alcance de la responsabilidad del Estado es importante identificar los títulos de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado y sus regímenes.

Regímenes de la responsabilidad del Estado

Lo primero que se debe arrancar diciendo, es que dentro de los regímenes de responsabilidad que edifican las eventuales responsabilidades del Estado extracontractuales,

desde luego se encuentran los regímenes subjetivos y objetivos de responsabilidad, cuándo se da la situación de andar dentro de los regímenes subjetivos, se está haciendo referencia a aquellos regímenes donde importa la conducta del Estado, donde se interesa en la acusación del Estado, donde se estudia la actuación que el estado ha tenido en el hecho generador (Tejada, 2017).

Es decir, la intervención, la participación, la acción o la omisión que el Estado ha llegado a tener en su conducta para generar el hecho dañino, esa situación desde luego también se analiza desde la licitud y la ilicitud de la conducta, esto es el respeto de las disposiciones constitucionales, legales y demás ámbitos normativos que pueden existir.

Los regímenes subjetivos comúnmente son las reglas generales de responsabilidad del estado es decir casi todos los hechos generadores de algún tipo de responsabilidad por parte del Estado principalmente se estudian bajo las figuras del régimen subjetivo de responsabilidad.

Los regímenes objetivos, por el contrario, son aquellos donde no importa ahí si la licitud o ilicitud con que haya actuado el Estado en un hecho determinado, una situación determinada, sino la acusación en sí del daño, por supuesto en ambos regímenes tendrá que analizarse la existencia del nexo causal entre derecho y el daño (Armenta, 2009).

Mediante los regímenes subjetivos de responsabilidad del Estado, se encuentra la principal regla general, el título de imputación más frecuente y regular de la responsabilidad del estado, que es la falla del servicio probada, esto quiere decir que quién pretende demandar al Estado, que la persona que pretende iniciar alguna acción jurídica contra el Estado tiene la carga de la prueba, en ese caso es decir, es el accionante, es el demandante, quién tiene la carga de la demostración de la ocurrencia del hecho del daño, del nexo de la existencia de la situación de los perjuicios, pero principalmente del hecho dañino.

Eso implica que por supuesto el accionante tiene que contar con por lo menos de entrada con un acopio probatorio importante al margen de las pruebas o de los elementos probatorios que puedan conseguirse o descubrirse en el curso del proceso ordinario, en el curso del proceso contencioso administrativo, es decir pruebas que se le piden al juez, las que el juez de manera oficiosa considere, las que la parte demandada estime útiles para su defensa, esas por supuesto deberán ir estructurando adecuadamente el proceso contencioso administrativo (Jimenez, 2013).

Pero en principio, es el accionante, es el demandante, a quién le corresponde evidenciar todas esas características probatorias para poder hacer más fuerte su proceso, para poder hacer mejor el proceso y hacerlo de la mejor manera posible, que el proceso termine o concluya conforme a sus pretensiones. Esa falla probada lo que implica, es que se debe probar desde el principio de la existencia del hecho o si bien no desde el principio en el curso del proceso, para que en definitiva la sentencia resulte favorable respecto de las pretensiones del accionante.

Contrario a los regímenes objetivos, como ya se mencionó donde se valora la conducta del Estado de la acción o la omisión, donde se verifica que el Estado haya actuado conforme o no a varias disposiciones que le ordenan determinada conducta o que en la ocurrencia del hecho fallo en la ejecución de sus actos como Estado, por ejemplo en los casos en los cuales es un típico de falla probada del servicio, es decir que a pesar de que el hueco existen y usted se accidenta con el hueco, deberá demostrar ante el juez que en efecto fue ese hueco es generador del determinado hecho y deberá probar, desde el principio el hecho, el daño, la conexión entre estos, los tipos de daños y los detrimentos que se causaron.

En contraposición a ello, los regímenes objetivos encuentran varias formas de titular la imputación.

Primero la falla presunta del servicio cómo se ve, comparado con el anterior ambos son fallas, en ambos se trata de una falla en la prestación del servicio por parte de una entidad Estatal, lo que pasa es que en lo que se enmarca dentro de la responsabilidad objetiva, es la falla presunta del Estado, se parte de presumir que la conducta generada por el Estado es verse causante de un daño, es decir al demandante lo que le resulta o lo que se le obliga dentro de esas situaciones es a demostrar el daño que ha existido.

Pero de entrada él ya lleva por delante la acción ante una demostración basada en una presunción, sabiendo que en derecho toda presunción admite prueba en contrario, al Estado lo que le queda no es esperar que la accionante o el demandante demuestre la existencia del hecho dañino y la conexión entre estos, sino que el Estado tiene que de entrada empezar a desvirtuar la presunción sobre la cual se sienta la demanda por parte del accionante, es de decir se invierte la carga de la prueba. La carga de la prueba en ese caso ya no está en cabeza del accionante sino del Estado en desvirtuar de entrada esa presunción que existe de falla del servicio.

Otro de los regímenes objetivos que se encuentra, es el daño especial, que está caracterizado por ser una responsabilidad, sin culpa por una responsabilidad sin ningún tipo de conducta ilícita, la regla general es que la responsabilidad sea sin culpa o sin falta, es decir que la actuación del Estado no existe ningún tipo de actuación, no de un hecho que genere una falta o una culpa por parte de la entidad estatal, en el daño especial desde luego al Estado le responde a pesar de la licitud o a pesar de estar apegada a la Constitución, a pesar de estar ajustado el Estado entra a responder por ese tipo de daños, situación que no viene al caso referir las aquí puesto que se está tratando es el tema de responsabilidad sobre los daños causados a los menores con responsabilidad cabeza del Estado.

Seguidamente como tercer título de imputación, se encuentra el riesgo excepcional, es un régimen de responsabilidad objetiva que está caracterizado con el daño especial, porque el se genera o se causa en los casos en los cuales el Estado utiliza medios o elementos que generan un riesgo extraordinario o excepcional, en el daño especial, no está la existencia de medios que generen por sí solos o por su sola existencia la acusación de un daño. Mientras que en el riesgo excepcional, si se está frente a ello, por eso dentro del riesgo excepcional o casos que se enmarcan dentro del riesgo excepcional, está por ejemplo la utilización de armas de fuego, cuando el Estado tiene armas de uso privativo de la fuerza pública y en medio de la utilización de sus elementos o de esos medios genera un daño, cuando un agente de policía o un miembro del ejército dispara a otra persona genera un daño, es un típico caso que se va por las vías del riesgo excepcional como un régimen de responsabilidad objetiva (Araque, 2013).

Se encuentra también el error jurisdiccional y aquí vale partir de varias connotaciones en los temas relacionados con la jurisdicción, con funcionamientos o con hablar en derecho sobre que significa la palabra jurisdicción, cuando el Estado actúa por medio de su aparato jurisdiccional, el error jurisdiccional lo comete siempre una autoridad judicial, es decir tiene una característica y es que siempre hay una autoridad judicial, que es la que genera esa conducta (Guecha, 2019).

Se materializa ese error jurisdiccional por medio de una sentencia, es decir cuando se ve la sentencia y se encuentra en el fallo que la parte motiva el sustento de esa decisión jurisdiccional resultó siendo una actuación subjetiva, caprichosa, violatoria de derechos, arbitraria, incurra inclusive en vía de hecho y violatoria del debido proceso y cuando una sentencia se sustenta en ello por ejemplo aquella a que condene a alguien pero se analiza el caso bien a fondo y se encuentra que las condiciones para haber generado esa sentencia, resultan

abiertamente arbitrarias exponencialmente contradictorias a las reglas del debido proceso y por supuesto se denota un capricho e inclusive un animadversión entre quién dicta la sentencia y el procesado.

En esos casos se habla ciertamente de un error jurisdiccional, ahora en la práctica resulta ser muy meticoloso del análisis de una sentencia porque el juez también tiene un margen de discrecionalidad, aunque está ajustado siempre a la Constitución y a la Ley para poder dictar su sentencia dependiendo de cada caso del contexto que rodea la situación pero no obstante ello habrá que hacer un análisis del fallo de la decisión que se toma en cualquier ámbito en cualquier jurisdicción para determinar si en efecto de un error jurisdiccional si el juez no actuó caprichosamente, o sí, porque la actuación caprichosa también podrá tener un toque de análisis subjetivo habrá que verificar si el juez actúa conforme las normas dentro del proceso para tomar una u otra decisión jurisdiccional

Títulos de imputación de la responsabilidad del Estado

Tradicionalmente se ha manejado como títulos de imputación la falla en el servicio y la responsabilidad objetiva, cuando se habla de la falla en el servicio, se hace referencia a una actividad irregular por parte del Estado, que se da cuando el Estado comete una omisión, una irregularidad, dando paso al primer elemento que es la evidencia de una ineficacia o una negligencia por parte de él, necesariamente se acompaña del segundo elemento que es el daño y el tercer elemento que será la relación de causalidad.

Ahora bien, cuando se habla de esta omisión es todo lo que se deja de hacer, tiene que ser un retardo debidamente justificado, ¿por qué? Porque si es un retardo justificado ahí el Estado no tiene por qué responder y el segundo elemento podría decirse que es el elemento sine Qua Non para poder declarar una responsabilidad por parte del Estado colombiano, como es el daño,

porque cuando se habla del daño es muy diferente al perjuicio, pariendo de que el daño viene a ser la afrenta, la lesión, la herida, mientras que el perjuicio va hacer el menoscabo y el tercer elemento es la relación de causalidad, es decir puede haber un daño, la muerte de alguien la lesión de alguien, pero si no es imputable al Estado inmediatamente se rompe el nexo de causalidad.

El segundo elemento que se debe utilizar como título de imputación es la responsabilidad objetiva, cuando se habla de responsabilidad objetiva, se llega a la conclusión de decir que surge después de 1991 con la Carta Magna de este mismo año, pero es un error craso, porque en Colombia, se viene hablando a nivel jurisprudencial de la responsabilidad objetiva y el primer antecedente que se encuentra es el diario el siglo cuando estaba Alfonso de Presidente, el cual posteriormente fue encarcelado y encargaron de la presidencia al doctor Darío Echandía, con alteración del orden público y el cierre de varios medios de comunicación escrita. En sentencia del Consejo de Estado de 1947 donde se condena por daños y perjuicios, se habla de actividad lícita, regular y ajustada a Derecho por parte del Estado Colombiano.

El segundo antecedente que se encuentra de Doña Vitalia Duarte de Pinilla, quien es una señora que tenía una casa en el sur de Bogotá y hasta allá se parapeto un guerrillero, el cual, en ese momento, el gobierno ofrecía hasta \$200.000 de recompensa, el problema jurídico de esta sentencia radica en que hubo un enfrentamiento entre este guerrillero y las fuerzas militares y finalmente se le dio de baja del sujeto.

A los militares los felicitaron, pero la casa de la señora quedó parcialmente destruida, ella demandó al Estado colombiano y aunque se habla de una actividad lícita, de una responsabilidad objetiva, la señora no tenía porque correr con los daños que le ocasionaron unos delincuentes, que en este caso sería el guerrillero y por parte de la fuerza pública como una actividad lícita.

El tercer antecedente es el del señor Tiberio Restrepo y que en 1987 el Consejo de Estado colombiano, expediente numero 4983 saca una Sentencia donde los hechos parten de que un comando antiextorsión ingresa una vivienda a intentar para liberar una persona y resulta que esas personas que estaban dentro de la vivienda sufrieron un impacto emocional en sus vidas, sí bien no hay una afrenta, un daño en su integridad, si se habla del impacto psicológico, el impacto emocional que vivieron y ordena reconocerles 250g oro al señor, a la señora y a la hija de estos dos, aparte de los perjuicios materiales no se discute la ilegalidad por parte del ejército colombiano o de la policía, porque tienen que entrar a indemnizar los daños que le han ocasionado.

El cuarto, es la señora Berta Lidia Umaña de Bogotá, en el cual en la Calle 53 con Carrera 30, ocurren los hechos y resulta que en ese evento han construido un puente vial y el apartamento que tenía, por causa de las obras se desvaloriza, sufre un gran daño, por lo que aquí también se habla de responsabilidad objetiva y no de falla en el servicio, recordando que el estado actúa lícitamente pensando en el interés general y en la colectividad, pero ocasiona un daño a una persona que no está en la obligación de soportar (Gonzalez, s.f).

Con esos cuatro antecedentes que se acaban de mencionar, quedan desdibujadas la tesis de muchos tratadistas o doctrinantes, los cuales manifiestan que la responsabilidad objetiva en Colombia surge después de 1991, se podría decir que la responsabilidad se objetivista un poco más después de 1991, en cuanto al primer punto cuando se habla de falla en el servicio.

Existe también la falla relativa, la cual está cimentada en que el Estado no está obligado a lo imposible, que en el Estado no lo hay, que el Estado puede brindar todo lo que esté a su alcance, pero si finalmente ocurre un desenlace trágico este no tiene por qué responder, piénsese, por ejemplo, en el cual están quemando una buseta, un vehículo o una moto, la comunidad llamó

a la autoridad y está se desplaza a los pocos minutos, sin embargo, el bus se quema o el vehículo se quemó allí.

En ese caso no existe ninguna responsabilidad porque hay un tiempo prudencial entre el hecho y la comparecencia de la fuerza pública, también se encuentra dentro de estos regímenes la falla anónima, en dónde aquí se presupone la falla del Estado colombiano, sin que exista necesidad de identificar unos presuntos responsables, simplemente se tiene la certeza de que el daño provino del Estado y con eso es suficiente.

También se encuentra la famosa falla presunta, en la cual sobre todo en la materia de responsabilidad médica, resulta que aquí hasta el año 1990 prácticamente los médicos se salían con la suya, ya que ellos funcionan con una especie de solidaridad profesional, a raíz de eso el Consejo de Estado sacó una teoría que se llama la falla presunta expedida el 24 de octubre de 1990, en el cual la carga de la prueba se invierte y a usted como demandado, es decir los señores médicos tienen que demostrar su diligencia, su cuidado, su premura con que hayan actuado para poder absorber la responsabilidad en el campo médico.

El Consejo de Estado, en el año 2001, da una especie de viraje y se habla de la carga dinámica de la prueba, en la cual quien está en mejor posición debe demostrar sea como demandante la falla o como demandado que no hubo esa falla y en el año 2009 la doctora Miriam Guerrero Escobar, saca una providencia en la cual habla de la prueba indiciaria que prácticamente se está nuevamente modificando en el campo de la responsabilidad médica.

Protección del menor en la primera infancia.

En la línea de tiempo que da cuenta de la madurez del concepto de protección del Estado de niños, niñas y adolescentes y con ocasión de la garantía Constitucional de la garantía de estos últimos, se observa una nueva caracterización de este grupo poblacional, hoy no solo se entiende

el concepto de menor de edad, de niño, de niña y adolescente, sino que además se conceptualiza la primera infancia como un estadio de vida del ser niño o niña que además de observar, especial protección por parte del Estado también es objeto de la propuesta, ejecución y evaluación de acciones positivas y políticas públicas, (Jiménez, 2014) explica que:

El marco normativo y legal para la Primera Infancia es amplio en el ámbito internacional a través de instrumentos como la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Foros Mundiales de Educación para Todos de Jomtien (1990) y Dakar (2000), y a nivel nacional el Decreto 2737 de 1989 la Constitución Política Nacional de 1991; la Ley 12 de 1991; artículo 29 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) el cual reconoció que los niños son sujetos titulares de los derechos a la salud y nutrición, el esquema de vacunas, protección contra peligros y a la educación inicial, la Ley 1295 de 2009 y la Ley 1804 de 2016 por la cual se establece la política de Estado por el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre y se dictan otras disposiciones (p.49).

Circunstancias que fundamentan la responsabilidad del Estado en el reclutamiento de menores- falla en el servicio.

Los niños y niñas son el capital más valioso de la nación, en tal sentido la infancia debe ser respetada y protegida de todo aquello que afecte su seguridad y bienestar, los hallazgos encontrados a través de las publicaciones del centro de memoria histórica son dolorosos, pero es importante mencionar que todas las formas de vinculación de los niños niñas y adolescentes a los grupos armados ilegales se considera siempre forzadas.

Existe un conjunto de situaciones y que se desarrollan en sus propios contextos que los ponen en riesgo e impiden su protección integral, algunas de estas circuncisiones se presentan

cuando, primero, no se les garantiza totalmente sus derechos; segundo, cuando se ven expuestos a diversas formas de violencia al interior de sus familias o comunidades como la violencia basada en género o violencia sexual, el abandono o negligencia entre otros (Consejería Presidencial , 2021).

Lo que se convierte en un factor de riesgo frente a la vinculación y reclutamiento por parte de grupos armados ilegales, tercero, en algunas zonas de país se ha naturalizado la violencia contra la niñez y la adolescencia, existen normas sociales que validan su vinculación o el relacionamiento con los grupos armados ilegales y cuarto, hay pocas oportunidades educativas de formación y participación para los niños niñas adolescentes así como empleo digno para sus familias y comunidades, por lo cual en muchas ocasiones los niños, niñas y adolescentes son forzados a trabajar para convertirse en fuentes de ingreso sobre todo en las áreas más marginadas del país (Consejería Presidencial , 2021).

Conclusiones

Se pudo identificar que la primera fuente de obligación que adquiere el Estado como garante de la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales de los menores, desglosados en niños, niñas y adolescentes deviene por un lado de la Constitución Política de 1991 y por otro del Derecho Internacional conforme la adopción de la convención para la protección de los derechos de los niños, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la cual Colombia también es un Estado parte.

Dicha obligación se mueve en dos sentidos, por un lado, se puede establecer la responsabilidad del Estado con su obligación de no hacer, es decir no crear situaciones que permitan la vulneración de los derechos de los menores, es decir en una función negativa del actuar del Estado a través de sus entidades y sus funcionarios.

Y por otro lado en un sentido positivo que indica que el Estado tiene por obligación al ratificar dichos mecanismo internacionales la responsabilidad de crear políticas públicas encaminadas a prevenir, investigar, sancionar y reparar aquellas circunstancias que puedan poner en riesgo el goce y practica de los Derechos Humanos de los niños, niñas y adolescentes, pero adicionalmente adquiere una obligación reforzada cuando se trata del cuidado de menores que se encuentran bajo su custodia exclusiva, puesto que no tienen el apoyo de la sociedad ni la familia.

Otro punto de análisis es que a pesar de que el Estado por diferentes situaciones puede tercerizar el cuidado de los menores que tiene a cargo o que necesita estar bajo su custodia una empresa privada, no quiere decir que la responsabilidad de cuidado también es tercerizada, sigue siendo el Estado el primer responsable.

Al realizar el análisis de las tres jurisprudencias internacionales, se identificó un principio que es el que genera que los Estados busquen mejorar a través de sus políticas públicas con el fin

de garantizar la protección de los menores y sus necesidades sean atendidas de manera urgente e individualizada si es de darse el caso, ese principio es el interés superior del menor.

Con respecto al alcance del deber del Estado de proteger los derechos humanos en especial en este caso donde los niños niñas y adolescentes son las víctimas, es básicamente la de prevenir, la de investigar, la de corregir y por supuesto la de reparar. Cuando se habla de prevenir se supone que el Estado tiene que desplegar toda una actividad legislativa y administrativa, con fines de generar el conjunto de leyes y en general, un conjunto de instituciones que permitan un mínimo de desempeño en esta materia por parte de las entidades que representan al Estado.

Al mismo tiempo se habla de la capacidad del estado de supervisar, es decir investigar cualquier tipo de actitud, cualquier tipo de comportamiento que riña con las exigidas por el respeto de los derechos humanos, de los grupos de interés, en este caso la protección de los menores, por supuesto, para reparar el Estado tiene que generar toda una institucionalidad para que los afectados por sus derechos subjetivos puedan acudir perfectamente hasta las instancias jurisdiccionales o administrativas a reclamar el respeto por su derechos.

En consecuencia, la de reparar, el Estado tiene que propiciar, tiene que presionar a las entidades o quien haya sido el generador de la vulneración del derecho, para que repare las violaciones de los derechos humanos, los Estados tienen que brindar capacitaciones a las entidades sobre a qué se refiere el comportamiento que se espera de ellas y esto consiste precisa o básicamente en el cumplimiento de la normativa nacional.

Asimismo, el Estado en su función de cumplimiento de proteger los derechos humanos de primero hacer cumplir las leyes segundo asesorar adecuadamente las entidades y sus funcionarios y tercero exigir la rendición de cuentas en las actuaciones de derechos humanos de los niños niñas y adolescentes. En este trabajo se identificó que a pesar de la frecuencia en que

los derechos de los menores son vulnerados, no son tan comunes los fallos que declaran la responsabilidad del Estado por su acción u omisión frente al daño antijurídico sufrido por ellos.

Lista de referencia

- Alracon, Y. (2018). Reclutamiento forzado de niños y niñas (abduction) en el conflicto armado colombiano: los menores de 18 años como víctimas con protección especial reforzada en el DIH y DIDH. *Javeriana*.
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/26150>
- Aponte, X. (2015). *Responsabilidad patrimonial del Estado por falla en el servicio de justicia*. [Trabajo de grado, Universidad La Gran colombia]. Repositorio institucional
https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3610/Responsabilidad_patrimonial_servicio_justicia.pdf?sequence=1
- Araque, S. (2013). La aplicación de la responsabilidad por daño especial y riesgo excepcional en Colombia: análisis de caso en el tribunal administrativo de santander, años 2008 A 2012. *Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander*.
<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2013/147181.pdf>
- Armenta, A. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia El título jurídico de la imputación. *Via Iuris*, 88-112.
<https://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944007.pdf>
- Arret, G. (2017). *Juris prudencia administrativa del Consejo de Estado Frances*. Francia: Dalloz. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-86_2
- Atuesta, F. (s.f). *Fallo Rothschild*. Scrib: <https://es.scribd.com/document/435173118/Fallo-Rothschild>

Bueno, D. (15 de septiembre de 2021). *A diario 97 menores en Colombia son víctimas de algún tipo de violencia*. El Espectador: [https://www.elespectador.com/colombia/mas-](https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/a-diario-97-menores-en-colombia-son-victimas-de-algun-tipo-de-violencia/)

[regiones/a-diario-97-menores-en-colombia-son-victimas-de-algun-tipo-de-violencia/](https://www.elespectador.com/colombia/mas-regiones/a-diario-97-menores-en-colombia-son-victimas-de-algun-tipo-de-violencia/)

Consejería Presidencial . (11 de febrero de 2021). *Reclutamiento de menores de edad no se acabó tras el acuerdo con las Farc: Consejera de DDHH*. Consejería presidencial para los derechos humanos y asuntos internacionales.

<https://derechoshumanos.gov.co/prensa/2021/Paginas/071021-el-reclutamiento-no-se-ha-acabado-se-ha-transformado.aspx>

Convención Sobre los Derechos de los Niños Decreto Promulgatorio N° 830, 14 de agosto de 1990. *Diario Oficial*, 27 de septiembre de 1990.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”. Decreto promulgatorio N°873, 23 de agosto de 1990. *Diario Oficial* 5 de enero de 1991

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16022>

CORTE I.D.H Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia 8 de septiembre de 2005, Serie C N° 130, párrs. 260

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

CORTE I.D.H Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia 31 de agosto de 2010, Serie C N° 216, párrs. 295 https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

CORTE I.D.H Caso Familia Barrios Vs. Venezuela, sentencia 24 de noviembre de 2011, Serie C N° 237, párrs 393. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf

Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párrs. 103 y 88. Ver también Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 81; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 154; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf

Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162.

<http://www.derechoshumanos.gov.co/Prensa/2021/Paginas/110221-Reclutamiento-de-menores-de-edad-no-se-acabo-tras-el-acuerdo-con-las-Farc.aspx>

Digitalizados. (24 de febrero de 2022). *Todos los niños y niñas tienen derecho a crecer en un ambiente seguro e inclusivo*. <https://www.digitalizados.com.co/2022/02/24/todos-los-ninos-y-ninas-tienen-derecho-a-crecer-en-un-ambiente-seguro-e-inclusivo/>

Galdamez, L. (2007). “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación evolutiva, Ampliación del concepto de víctima, Daño al proyecto de vida y Reparaciones. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34 N°3, 454.

Gonzalez, O. (s.f). Responsabilidad del Estado en Colombia: Responsabilidad por el Hecho de las Leyes. *RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE LAS LEYES*.

Griesbach, M. (s.f). *La obligación reforzada del Estado frente a la infancia*. Corte interamericana de derechos humanos.

Guecha, C. (2019). *El error jurisdiccional en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales de 1996 a 2015: una mirada desde la problemática económica actual*. [Trabajo de grado

Universidad Santo Tomas]. Repositorio Institucional

<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/16011?show=full>

Henao, J. (1996). "Responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia". En Jornadas colombovenezolanas de Derecho público. *Bogotá: Universidad Externado de Colombia.*

<https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/f5f803ce-575b-4586-8d16-9e7f2e1da29c/content>

Jimenez, W. (2013). Origen y Evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal.

Bogotá: Dialogos de saberes.

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1832>

Kogan, Y. (26 de enero de 2017). *El enfoque sistémico y sistemático en un proyecto.* INCAE

bussines school: <https://www.incae.edu/es/blog/2017/01/26/el-enfoque-sistemico-y-sistematico-en-un-proyecto.html>

Marin, J. (2010). *perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia.*

[Trabajo de grado. Universidad Autónoma De Bucaramanga] Repositorio Institucional.

https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/8464/2013_Perspectiva_constitucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Motta, C., & Baracaldo, A. (2010). *Responsabilidad civil extracontractual del.* Bogota:

Universidad Autónoma de Colombia.

http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/publicaciones/Responsabilidad_civil.pdf

- Parra, G. (2003). *Responsabilidad patrimonial del Estado. Daño antijurídico*. Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia. <https://bibliotecadigital.oducal.com/record/koha-ucatolica:29463>
- Pezzotti, M. (2019). *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN DEL DEBER DE PROTECCIÓN*. Bogotá: UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/fa853de3-19cf-49e2-bba1-4412af1eca10>
- Salamanca, A. (2020). *el rol y responsabilidad del estado en el caso del delito de reclutamiento forzado de menores*. [Trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14958/1/el%20rol%20y%20responsabilidad%20del%20estado%20en%20el%20caso%20del%20delito%20de%20reclutamiento%20forzado.pdf>
- Steak, R. (1995). *Investigación*. <https://www.nelsonreyes.com.br/livro%20stake.pdf>
- Tamayo, J. (2004). *¿Es el Estado responsable por los daños causados en operación de guerra*. Bogotá.
- Tejada, M. (2017). Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad. *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 16, 89-99. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/1447>
- Triviño, M. (2017). *Responsabilidad del Estado Colombiano en el sistema interamericano de derechos humanos caso: palacio de justicia*. [Trabajo de grado, Universidad Libre]. Repositorio Institucional. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15429>

UNICEF. (s.f). *Protección de la niñez Todos los niños y niñas tienen derecho a crecer en un ambiente seguro e inclusivo*. UNICEF Colombia:

<https://www.unicef.org/colombia/proteccion-de-la-ninez>

Zarate, A. (2016). editorial. *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 16, 3-7.

<https://doi.org/10.18601/21452946.n16.01>.