

TEMERIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA - Inexistencia

[T]anto en las contestaciones como en los escritos de impugnación varias de las autoridades demandadas afirmaron que el [actor] instauró otras demandas de tutela con identidad de hechos y pretensiones a la que aquí se estudia. Que, de hecho, esas demandas ya fueron tramitadas y decididas por diferentes jueces de tutela (...) Una vez revisadas las referidas providencias, la Sala considera que en el sub lite no se configura una actuación temeraria, principalmente, porque no existe identidad de partes. (...) En conclusión, como no está configurada la temeridad en el caso concreto, procede la Sala a examinar el asunto de fondo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 83 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 95 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 38

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la temeridad en la acción de tutela, consultar la sentencia T-507 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, de la Corte Constitucional.

PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR - Competencia legal para su ejecución / CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR LA CIDH EN CASOS DE DESNUTRICIÓN INFANTIL - Comunidad indígena Wayúu / POBLACIÓN MENOR DE EDAD PERTENECIENTE A GRUPO ÉTNICO COMO SUJETO CON DOBLE CONNOTACIÓN DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

[El Ministerio de Educación Nacional] en su impugnación (...) considera que las órdenes de primera instancia no tienen relación con sus competencias legales, la Sala observa que, por disposición del artículo 136 (parágrafo 4) de la Ley 1450 de 2011, esta cartera tiene a cargo la orientación, ejecución y articulación del Programa de Alimentación Escolar (PAE), cuya inoperancia está íntimamente relacionada con la problemática de desnutrición infantil padecida por la comunidad Wayuu, y que, a su vez, constituyó una de las principales razones por las que la CIDH decretó las medidas cautelares a favor de esta comunidad indígena, las cuales se hicieron extensivas a las entidades demandadas en el fallo impugnado. (...) la radicación de competencias legales de orden directivo respecto del PAE en cabeza dicho ministerio, justifica la legitimación que le asiste al mismo para comparecer a este proceso como demandado, al tiempo que constituye motivación suficiente para las órdenes tachadas como inmotivadas, por lo que este argumento de defensa será descartado.

EXTENSIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS POR LA CIDH A DIFERENTES AUTORIDADES - Por crisis multidimensional no superada

[Es] evidente para la Sala que el Dapre tiene ineludibles labores de organización, dirección y coordinación de los diferentes órganos del Estado, entre los que se encuentran aquellos responsables de brindarle la asistencia en salud y alimentación a los niños, las niñas y adolescentes Wayúu, frente a la crisis multidimensional en la que se encuentran. (...) la corresponsabilidad entre las necesidades no atendidas de los menores de la etnia Wayúu y las entidades con competencias específicas para atenderlas, no puede invocarse como excusa de las aquí demandadas, con el objetivo de evadir la prestación de la atención necesaria a la crisis multidimensional que afecta los derechos fundamentales de esta población de protección especial constitucional (...) para la Sala no es de recibo la petición de desvincular de la presente acción al Dapre, cuando el punto central de la misma radica en la extensión de las medidas cautelares que la CIDH

ordenó a la cabeza de dicho departamento, el Gobierno de la República de Colombia, cuya fuerza vinculante para las autoridades es innegable (...) [en cuanto al departamento de la Guajira] (...) existen múltiples disposiciones constitucionales y legales que establecen competencias de esa entidad territorial en las materias que son objeto principal de esta tutela: salud y educación. (...) los alegados percances en la contratación mencionados por el departamento en su impugnación, no puedan ser tenidos como excusa válida por parte de este para alegar su falta de competencia en la ejecución del PAE, programa bandera de alimentación infantil escolar en todo el territorio, cuyo efectivo desarrollo influye notablemente en la reducción de las cifras de desnutrición y falta de dieta adecuada en los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos fundamentales se ordenó proteger, por lo que dicho argumento también será descartado. (...) Si bien la Sala no desconoce el hecho de que estas entidades han tomado medidas en torno a la problemática que afecta a los Wayúu, mientras no se supere completamente la crisis, no puede hablarse de ausencia o de superación de la vulneración de los derechos fundamentales de esta población desventajada que requiere especial atención de las autoridades del Estado (...) la Sala comparte la decisión impugnada de extender a las autoridades demandadas las órdenes impartidas por la CIDH y la Corte Constitucional, en la Resolución 60/2015 (medidas cautelares No. 51/15) y la sentencia T-466 de 2016, respectivamente.

DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES - Competencia / DECLARACIÓN DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES - Requisitos

El llamado estado de cosas inconstitucionales es la expresión construida por la propia Corte para poner en evidencia ciertos hechos graves que requieren de la intervención coordinada tanto de las autoridades como de los particulares, pues están en riesgo los derechos fundamentales de determinados grupos de población. (...) se ha convertido en un mecanismo para ayudar a mitigar y solucionar ese tipo de problemáticas. Pero la Sala tiene claro que esa es una atribución exclusiva de la Corte Constitucional, atribución que, de hecho, se acompaña con la función de revisar las sentencias dictadas en la acción de tutela, en los términos establecidos por los artículos 214-9 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991. (...) En opinión de la Sala, en el caso de la etnia Wayúu, están dadas las condiciones para que proceda la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales. (...) Por todo lo anterior, en atención al carácter urgente que requieren las medidas decretadas por la CIDH para garantizar la pervivencia de los pueblos indígenas Wayúu del departamento de La Guajira, y en los mismos términos del Procurador General de la Nación, la Sala invitará a la Corte Constitucional a que, en sede de revisión, si encuentra cumplidos los requisitos, declare el estado de cosas inconstitucionales por la crisis humanitaria que afronta la etnia Wayúu, asentada en el departamento de La Guajira.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 44 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 67 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 214-9 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 285 / RESOLUCIÓN 60 DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2015 DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS / CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS DE 1989 - ARTÍCULO 3 / CONVENIO 169 DE LA OIT DE 1989 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES - ARTÍCULO 24 / CONVENIO 169 DE LA OIT DE 1989 SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES - ARTÍCULO 25 - PÁRRAFO 2 / CONVENIO 169 DE LA OIT DE 1989 SOBRE PUEBLOS

INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES - ARTÍCULO 31 / DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE 2007 / DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, APROBADA POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN JUNIO DE 2016 - ARTÍCULO XVII / DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, APROBADA POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN JUNIO DE 2016 - ARTÍCULO XVIII / DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, APROBADA POR LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN JUNIO DE 2016 - ARTÍCULO XIX / LEY 16 DE 1972 - ARTÍCULO 19 / LEY 136 DE 1994 - ARTÍCULO 3 / LEY 715 DE 2001 - ARTÍCULO 6 / LEY 715 DE 2001 - ARTÍCULO 8 / LEY 715 DE 2001 - ARTÍCULO 43 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 10 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 13 / CÓDIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA - ARTÍCULO 41 / LEY 1450 DE 2011 - ARTÍCULO 136 - PARÁGRAFO 4 / LEY 1551 DE 2012 - ARTÍCULO 6 - NUMERAL 20 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 33 / DECRETO 1649 DE 2014 - ARTÍCULO 1 / DECRETO 1649 DE 2014 - ARTÍCULO 3 / DECRETO 1852 DE 2015 - ARTÍCULO 2.3.10.4.3

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los niños, las niñas y los adolescentes indígenas, la sentencia desarrolla en extenso el principio de corresponsabilidad, el marco jurídico y las medidas con enfoque diferencial, referenciando la doble connotación como sujetos de especial protección derivada de la condición de pertenencia a un grupo étnico y de ser menores de edad. Con relación a la adopción de medidas necesarias para superar la crisis humanitaria por desnutrición que afecta al pueblo Wayúu, la providencia hace énfasis en la fuerza vinculante que por extensión tienen las medidas decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto se pueden consultar las sentencias T-786 de 2003, T-524 de 2005, T-367 de 2010, T-585 A de 2011 y T-976 de 2014. Finalmente sobre los requisitos para que se configure el estado de cosas inconstitucionales, ver la sentencia T-025 de 2004, todas de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-01352-01(AC)

Actor: MARCIANO EPIAYU

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (I.C.B.F), DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, SECRETARÍA DE

SALUD DEPARTAMENTAL, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL, MUNICIPIO DE MANAURE, SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL Y ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD

La Sección Cuarta del Consejo de Estado procede a decidir las impugnaciones¹ presentadas por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (en adelante Dapre), el Ministerio de Educación (en adelante MEN) y la Gobernación de La Guajira, dentro de la acción de tutela de la referencia, contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en la que decidió:

*“**PRIMERO.-** Amparar los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, educación, suministro de agua potable, integridad personal, diversidad étnica y cultural, autonomía, participación y autodeterminación de los niños, niñas y adolescentes de la comunidad Indígena Wayúu Sigmana de la jurisdicción de Manaure - La Guajira de conformidad con lo expuesto.*

***SEGUNDO.-** En consecuencia de lo anterior, háganse extensivas a las autoridades accionadas, esto es, Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - Ministerio de Educación Nacional - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) - Departamento de La Guajira - Secretaría de Salud y Educación Departamental - Municipio de Manaure - Secretaría de Salud y Educación Municipal y las E.P.S.S.(I), I.P.S.I., las órdenes judiciales dictadas por la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional, los días **11** de diciembre de **2015** y **30** de agosto de **2016** respectivamente, descritas en la parte motiva.*

***TERCERO.- ORDÉNESE** al departamento de La Guajira, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído, inicie todas las actuaciones administrativas y presupuestales tendientes al restablecimiento del Programa de Alimentación Escolar (PAE), las que deberán culminar en términos satisfactorios en un término no superior a un **(1)** mes. (...)*

I. ANTECEDENTES

¹ Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

1. Hechos

El accionante manifiesta que los miembros de la comunidad indígena Wayúu ubicada en el sector de Sigmana, en inmediaciones del municipio de Manaure, de la que es autoridad tradicional, atraviesan por una precaria situación, consecuencia de la crisis humanitaria que atraviesa el departamento de La Guajira debido a la falta de agua potable, alimentos de primera necesidad, servicios de salud integral y falta de eficacia de las entidades gubernamentales en las labores de inspección, vigilancia y control, para garantizar que el presupuesto destinado a las comunidades indígenas cumpla su objetivo.

Indica que debido a esto, la deserción escolar ha aumentado en la población infantil, pues los niños deben dejar sus labores educativas a un lado para salir en búsqueda de alimentos.

Agrega que instituciones como el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud Departamental, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Secretaria de Educación Departamental y la Secretaria de Salud Departamental, no hacen presencia en el territorio, por lo que la población menor de edad se encuentra en delicado estado de salud, con patologías como la desnutrición severa y crónica.

Finalmente, arguye que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) profirió en diciembre de 2015 la resolución 60, en la que decretó medidas cautelares a favor de la comunidad Wayúu, pero que a la fecha de presentación de la presente tutela esto no ha redundado en una atención efectiva de parte de las instituciones competentes, por lo que desde ese momento han fallecido más de 64 niños pertenecientes a las comunidades indígenas Wayúu, por causas asociadas a la desnutrición.

2. Fundamentos de la acción

El actor considera que, tratándose de sujetos de especial protección constitucional reconocida por la Corte Constitucional, la acción de tutela se erige como el mecanismo judicial idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, educación, suministro de agua potable, autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas Wayuu del

departamento de La Guajira, amenazadas por la crisis humanitaria que desde hace décadas padecen, la cual se agudizó en los últimos años.

Añade que diversos informes de entidades estatales como la Defensoría del Pueblo, dan cuenta de la problemática social y la vulneración sistemática de los derechos humanos a la comunidad Wayuu, que se refleja en las nefastas condiciones de vida que en la actualidad ostenta.

3. Pretensiones

En el escrito de tutela se formularon las siguientes:

“1. Con fundamento en los hechos expuestos, respetuosamente nos permitimos solicitar a los Honorables Magistrados que se TUTELEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, LA DIGNIDAD HUMANA, SALUD, EDUCACIÓN, SUMINISTRO DE AGUA POTABLE, INTEGRIDAD PERSONAL, DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL, AUTONOMÍA, PARTICIPACIÓN, AUTODETERMINACIÓN, los cuales han sido vulnerados a la comunidad indígena wayuu de SIGMANA, por parte de la NACIÓN - PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA - MINISTERIO DE EDUCACIÓN -MINISTERIO DE SALUD - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (NACIONAL - REGIONAL) DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA - SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL -SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL - MUNICIPIO DE URIBIA - SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL - SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL.

1.1 Se ordene al Instituto Colombiano De Bienestar Familiar - ICBF (Nacional Representado por la Directora CRISTINA PLAZAS MICHELSEN y Regional Representado por el Director GLORIA (sic) LEONOR BRITO CHOLES que garanticen una efectiva atención médica y nutricional fehaciente, integral, permanente e indefinida con un enfoque diferencial a las comunidades indígenas de SIGMANA.

1.2 Se ordene a la (Nación) PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA representado por JUAN MANUEL SANTOS, al (Departamento) GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA (...), al (Municipio) ALCALDIA MUNICIPAL DE MANAURE, representado por ALDEMAR IBARRA, que garanticen el suministro de agua potable salubre de

manera continua, suficiente, fehaciente, integral, permanente e indefinidamente con el objeto de garantizarle el derecho fundamental a las comunidades indígenas de SIGMANA (sic).

1.3. Se ordene al Instituto Colombiano De Bienestar Familiar - ÍCBF (Nacional - Regional) que conforme a la MICROFOCALIZACIÓN realizada, vinculen a los Niños, Niñas y Adolescentes de las comunidades indígenas ubicadas en SIGMANA a los programas de la institución.

1.4. Se ordene al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Representado por ALEJANDRO GAVIRIA URIBE y al MUNICIPIO DE MANAURE, representado por ALDEMAR IBARRA que garantice mediante los grupos extramurales y promotores de salud una efectiva atención médica, nutricional y aseguramiento fehaciente, integral, permanente e indefinido con un enfoque diferencial a las comunidades indígenas de SIGMANA.

1.5. Se ordene a la (Nación) MINISTERIO DE EDUCACIÓN representado por GINA PARODY, al (Departamento) GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA (Encargado) representado por WILLMER GONZÁLEZ BRITO, al (Municipio) ALCALDIA MUNICIPAL DE MANAURE, representado por ALDEMAR BARRA y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (Nacional -Regional) representado por CRISTINA PLAZAS MICHELSEN y Regional Representado por el Director GLORIA (sic) LEONOR BRITO CHOLES, que garanticen el cumplimiento de los programas de alimentación escolar (PAE) y que brinden fehaciente, integral, permanente e indefinida con un enfoque diferencial el complemento alimentario a los NIÑAS (sic) de las comunidades indígenas de SIGMANA, debido a que a la fecha el operador no hace presencia en el territorio para suministrar los complementos alimentarios.

1.6. Solicitamos de manera respetuosa a los Honorables Magistrados vincular a la presente acción de tutela, a los entes estatales de nivel central, departamental, municipales, órganos de control, operadores o contratistas, EPS, IPS que bajo su potestad de administrar justicia crean ustedes convenientes”.

4. Pruebas relevantes

El actor relacionó las siguientes:

- Informe de la Defensoría del Pueblo "Crisis Humanitaria en La Guajira 2014": <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informedefensorialguajira11.pdf>
- Informe de la Procuraduría General de la Nación "Pueblo Wayuu, con hambre de dignidad, sed de justicia y otras necesidades insatisfechas": [http://procuraduria.gov.co/portal/media/file/informe/\(i\).pdf](http://procuraduria.gov.co/portal/media/file/informe/(i).pdf)
- Decisión proferida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el día 11 de diciembre de 2015, que accede a las medidas cautelares a favor de los niños, niñas y adolescentes Wayuu.

5. Oposición

5.1. Respuesta de la Caja de Compensación Familiar de La Guajira

La Caja de Compensación Familiar de La Guajira rindió informe dentro del proceso, en el que manifiesta que en la actualidad realiza acciones y estrategias de detección e identificación de casos de niños y niñas Wayúu menores de 5 años que estén en un cuadro de desnutrición o riesgo por bajo peso, en los municipios de Manaure, Uribia, Maicao, y Riohacha, donde se presenta el mayor número de casos de desnutrición, con el fin de brindar la atención medica requerida.

Aduce que en el departamento de La Guajira no hay disponibilidad de la formula terapéutica que se requiere para la recuperación nutricional de los niños y niñas con un marco de desnutrición aguda, y que el insumo no se encuentra contemplado en el marco obligatorio de salud, y su inclusión constituye competencia del Ministerio de Salud y Protección Social.

Expresa que la comunidad indígena Araichiquepa, de la que es autoridad tradicional el actor, ha sido atendida por su red primaria y visitada por el equipo extramural, adelantando diferentes acciones para la atención de los menores con desnutrición.

Finalmente, propone la falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que las inacciones señaladas por el accionante no se encuentran dentro de las obligaciones ni competencias de COMFAGUAJIRA, y señala que continuará

prestando la atención en salud para garantizar la atención de los usuarios de esta comunidad, de manera continua e ininterrumpida.

5.2. Respuesta de SALUD VIDA E.P.S

La EPS Salud Vida informó que no ha dejado de brindar los servicios de atención de salud, tales como suministro de medicamentos, atención de medicina general, odontología y enfermería, los que ejerce bajo las normas vigentes acerca de las funciones de las entidades promotoras de salud de acuerdo con el numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993.

Expresa que implementó programas como el AIEPI, dirigido a niños de hasta 5 años de edad, con el fin de realizar el control integral de las enfermedades y programas de telemedicina, con el fin de prestar asistencia médica en diferentes áreas de la salud en el municipio de Villanueva.

Concluye señalando la improcedencia de la acción, por cuanto, en su concepto, la Constitución Política señala que la acción de tutela solo es procedente en los casos en los que no existe otro medio judicial idóneo para defender los derechos, o cuando acaezca un perjuicio irremediable que haga que el amparo opere como mecanismo transitorio, situaciones que no se presentan en el presente caso, el cual ya fue amparado en pronunciamientos judiciales anteriores, por lo que los accionantes cuentan con otros mecanismos de defensa como los son el incidente de desacato y la acción de cumplimiento.

5.3. Respuesta del Ministerio de Educación Nacional

El Ministerio de Educación rindió informe dentro del término de ley, y propuso la falta de legitimación en la causa por pasiva, con fundamento en que, aunque es de público conocimiento la precaria situación que atraviesa el departamento de La Guajira por la falta de cobertura de necesidades básicas, las críticas del actor respecto de fallas al interior del sistema de alimentación escolar deben ser asumidas por cada uno de los entes territoriales, certificado o no, quienes son los órganos competentes para esta función por ley.

Señala que el Plan de Alimentación Escolar es una estrategia que fomenta el acceso a la permanencia de los niños y adolescentes en los centros educativos,

mediante el suministro de los complementos alimentarios, y que solo constituye un complemento a la alimentación que los estudiantes reciben en sus hogares, aun cuando contengan aportes mínimos nutricionales, según la regulación que imponen los lineamientos técnicos-administrativos del programa expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

Finalmente, indica que las obligaciones que le asisten han sido cumplidas a cabalidad, y que las medidas cautelares proferidas por la CIDH, son aplicables para los programas de nutrición, suministro de agua, prevención de enfermedades, entre otros, para los que ha dispuesto los recursos necesarios con el fin de cofinanciar la operación de los mismos, garantizando la prestación del servicio de alimentación escolar.

5.4. Respuesta del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Manifiesta que dentro de otra acción de tutela, con fallo de 30 de mayo, se le ordenó proteger los derechos de la comunidad Wayúu en todos los ámbitos posibles, incluido el suministro de agua potable, que es la petición a su cargo en la presente acción, orden judicial a la que se le está dando cabal cumplimiento.

Indica que la acción de tutela contiene unos requisitos mínimos para su procedencia, los cuales considera que no se cumplen en la presente solicitud, por cuanto el tema de debate no hace parte de sus competencias legales, en tanto la Presidencia de la República no es la responsable de proporcionar todos los servicios que el accionante requiere con la acción impetrada.

5.5. Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El ICBF rindió informe en el proceso y manifestó que se han interpuesto tutelas los mismos hechos, por lo que existe un pronunciamiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, modificado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante providencia de 27 de julio de 2016, y en tal razón en el presente caso, se configura el fenómeno de cosa juzgada y se debe declarar improcedente la presente solicitud de tutela.

Refiere que de acuerdo a la información que reposa en la entidad, la comunidad indígena de Sigmana se encuentra cobijada por los servicios de salud y de atención que le brindan los programas del Bienestar Familiar. De otra parte, la problemática sobre el programa PAE y la deserción infantil en las instituciones educativas, es competencia del Ministerio de Educación.

6. Sentencia de tutela impugnada

El Tribunal Administrativo de La Guajira, en sentencia de 23 de noviembre de 2016, amparó los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, educación, suministro de agua potable, integridad personal, diversidad étnica y cultural, autonomía, participación y autodeterminación de los niños, niñas y adolescentes de las comunidad Indígena Wayúu Sigmana de la jurisdicción de Manaure, La Guajira, bajo la consideración de que, aun cuando se han emitido pronunciamientos en el mismo sentido, la inoperancia administrativa no ha permitido que la problemática de desnutrición infantil en el departamento se supere y los niños de las comunidades cuya protección se invoca continúan muriendo.

En este sentido, decidió el *a quo* hacer extensivas la ordenes emitidas por la CIDH y la Corte Constitucional a las entidades accionadas y ordenó su cumplimiento según sus competencias y funciones.

7. Escritos de impugnación

7.1. Impugnación presentada por el Ministerio de Educación Nacional

El Ministerio de Educación impugnó la anterior decisión, por cuanto considera que en la misma se presenta falta de motivación, pues, en su concepto, ni la CIDH, ni la Corte Constitucional, en las providencias referidas por el juez de primera instancia en su fallo, emitieron órdenes relacionadas con educación.

Aduce que la sentencia impugnada omitió realizar un análisis en relación con las competencias del Ministerio de Educación y, sin argumentación alguna que diera soporte a lo decidido, consideró pertinente extender a dicho gabinete las ordenes contenidas en las providencias de la CIDH y por la Corte Constitucional, de 11 de diciembre de 2015 y 30 de agosto de 2016, respectivamente, las cuales conminan

al Estado colombiano a adoptar medidas necesarias para preservar la vida y la integridad de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Manaure entre otras, permitiendo el acceso a los servicios de salud con calidad, programas nutricionales, suministro de agua potable y alimentación en general con calidad para la población Wayúu.

Indica que el PAE, no es un programa nutricional sino escolar, concebido como una estrategia estatal que promueve el acceso con permanencia de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes al sistema educativo oficial a través del suministro de un complemento alimentario durante la jornada escolar, disminuyendo así el ausentismo y la deserción.

Refiere que dentro de ese esquema descrito en el Decreto 1852 de 2015, las entidades territoriales deben apropiarse y reservar los recursos necesarios y suficientes para la financiación o cofinanciación del mismo en su jurisdicción, adelantando los trámites para comprometer vigencias futuras y ejecutar directa o indirectamente el PAE con sujeción a los lineamientos, estándares y condiciones mínimas señaladas por el Ministerio de Educación Nacional, para lo cual deberán adelantar los procesos de contratación a que haya lugar para ejecutarlo en forma oportuna, ordenando el gasto y el pago de los mismos.

Asevera que en tal razón, como se dijo en el escrito de respuesta a la acción de tutela presentada, el Ministerio de Educación Nacional ha dispuesto todas las acciones y actividades que, en cumplimiento de su rol de coordinación y seguimiento, le corresponde adelantar para lograr la efectiva ejecución del PAE en todo el territorio nacional, de conformidad con el modelo de operación señalado en el decreto 1852 de 2015.

Indica que en cumplimiento de lo anterior, ese ministerio ha cofinanciado y girado recursos por más de \$ 15.415.792.373, para la implementación del PAE en la ETC La Guajira, y ha prestado todo el apoyo y acompañamiento técnico a la entidad territorial para que ésta preste el servicio de alimentación escolar en condiciones de oportunidad y calidad, lo cual incluye giros adicionales para el municipio de Manaure por valor de \$ 928.291.369 y por documento CONPES 151-2016 por valor de \$970.083.360.

Aduce que es el municipio de Manaure, La Guajira el titular de las competencias de orden legal frente al PAE de acuerdo a lo señalado en la Ley 136 de 1994, artículo 3, modificado por el artículo 6° de la Ley 1551 de 2012, que dispone en su numeral 20 que es función de cada municipio ejecutar el PAE con sus propios recursos y los provenientes del departamento y la Nación, los cuales podrán realizar el acompañamiento técnico, acorde con sus competencias.

Finaliza afirmando que el Ministerio de Educación Nacional continuará adelantando las acciones de acompañamiento, seguimiento y monitoreo a la ejecución del PAE, a fin de mantener una operación acorde con los estándares y condiciones mínimas establecidas, con el propósito de verificar que se lleve a cabo la contratación del operador que suministre la alimentación escolar a los estudiantes de todas las regiones a partir del primer día de clases y hasta la culminación del calendario escolar.

7.2. Impugnación presentada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

La apoderada del Presidente de la República y del Dapre, impugnó el fallo de primera instancia y solicitó que se revoque en lo que se refiere a la Presidencia de la República y se deniegue la solicitud de tutela.

Aduce que la demanda de tutela fue formulada en contra de varias entidades y autoridades, exponiendo hechos generales, sin pruebas de las afirmaciones que se hacen. Que en lo que respecta a la Presidencia de la República, no hay un solo hecho de los relatados en la demanda que se le endilgue ni por acción, ni por omisión, sino que simplemente se le menciona como entidad accionada y al establecer las pretensiones de la demanda se hace una alusión, solicitando que garantice, junto con otros demandados, el suministro de agua potable salubre de manera continua, suficiente, fehaciente, integral, permanente e indefinidamente.

Sostiene que en la contestación de la demanda se advirtió sobre la improcedencia de la tutela contra la Presidencia de la República por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el tema objeto de debate no hace parte de sus competencias legales y no está a su cargo, lo que impedía que se le diera orden alguna para cumplir.

Relata que también se advirtió de la existencia de otra demanda que fue concedida y en la que se involucró a la Presidencia de la República, y que el hecho de que existan tales órdenes, no significa que esa entidad haya "adquirido" competencias en todas las materias de que es objeto esa sentencia y la que ahora se impugna.

Considera que el presente es un proceso en el que no hay ni pruebas, ni delimitación de competencias y funciones, donde no se analizan esos aspectos respecto de los accionados, por lo que es muy difícil "defenderse" pues, aunque se invoque la protección de una serie de derechos presuntamente vulnerados a la comunidad Wayúu (Manaure, Guajira), en su sentir, es claro que la Presidencia de la República no es la responsable de proporcionarlos, toda vez que no hay prueba de que los haya vulnerado, ni de que le corresponda protegerlos, simplemente, porque escapa al ámbito de sus competencias.

7.3. Impugnación presentada por la Gobernación de La Guajira

La Secretaria de Educación de La Guajira, en representación de ese ente territorial, impugnó la decisión de primera instancia y solicitó declarar la falta de legitimación pasiva por parte de dicha entidad para cubrir el servicio educativo del PAE en la comunidad Sigmana, sector de musichy, a la que pertenece el demandante, que fue ordenada en el fallo de primera instancia.

Esto, por cuanto, declara, la administración del servicio educativo, no solo debe cubrir la población educativa de un municipio no certificado como Manaure, La Guajira, sino que se debe determinar el acceso de niños, niñas y adolescentes en un establecimiento oficial, a través de su registro en el Directorio Único de Establecimientos Educativos (DUE), en el que no aparece la comunidad indígena demandante.

En este orden de ideas, declara que existen consideraciones inexactas por parte del accionante en afirmar la presunta vulneración al suministro integral y adecuado de los complementos alimentarios de Programa de Alimentación Escolar (PAE), toda vez que, en su concepto, no demostró que los sujetos de vulneración estuviesen debidamente matriculados en un establecimiento educativo oficial.

De otra parte, informa que hubo varias acciones de tutela procedentes de distintas comunidades indígenas de Manaure, en relación con los mismos hechos, que fueron de conocimiento y acumuladas en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Seccional de la Judicatura, en los que rindió informe. Sus radicados son: 001-002-2016-00373-00, 2016-00375, 201600383, 2016000284, 2016-00285, 2016-00286, 2016-00384, 440011102-002-2016-0039-00 y 002-2016-000389-00, por lo que estima que con la admisión de la presente tutela se viola el debido proceso, en tanto se desconoce lo establecido en Auto 172 de 2016 de la Corte Constitucional, respecto de las reglas de reparto frente a acciones de tutela masivas.

Finalmente, refiere que no pudo emprender nuevamente el proceso contractual del programa PAE por *“los percances que se tuvo con el Gobernador encargado JORGE VELEZ en cuanto al tema de la negación de las facultades por parte de la Duma Departamental”* y que, ante esa situación, le fue imposible darle continuidad a la proyección y ejecución de dicho programa, en los establecimientos educativos hasta finalizar el calendario académico.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política, 29 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 13 del reglamento interno, la Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para decidir el asunto objeto de estudio.

2. Cuestión previa: de la temeridad de la tutela

Previo al estudio de fondo del asunto, la Sala estima conveniente analizar si en el sub lite el señor Marciano Epinayu actuó en forma temeraria, como lo afirmaron varias de las autoridades demandadas. De ser así, se tendría que declarar la improcedencia de la solicitud de amparo.

En el trámite de una acción de tutela, la actuación temeraria se concreta en la indebida utilización de este mecanismo de protección. Hay temeridad cuando existe (i) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; (ii) identidad de

demandante, en cuanto la otra acción de tutela se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto demandado, (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción, e (v) identidad de objeto. Así lo establecen el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a la letra dice:

(i) La identidad de partes, es decir, que ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales. (ii) La identidad de causa petendi, o lo que es lo mismo, que el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa. (iii) La identidad de objeto, esto es, que las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental. (iv) Por último, y como se dijo anteriormente, a pesar de concurrir en un caso en concreto los tres (3) primeros elementos que conducirían a rechazar la solicitud de tutela, el juez constitucional tiene la obligación a través del desarrollo de un incidente dentro del mismo proceso tutelar, de excluir la existencia de un argumento válido que permita convalidar la duplicidad en el ejercicio del derecho de acción.

Entonces, la figura de la temeridad censura la intención fraudulenta de la persona que ejerce injustificadamente la misma tutela ante varios jueces.

El fundamento de la norma que sanciona la temeridad se encuentra en los artículos 83 y 95 de la Constitución Política, que, por una parte, obligan a los particulares y a las autoridades públicas a actuar con base en el principio de buena fe, y, por otra, imponen el deber de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y “colaborar en el buen funcionamiento de la administración de la justicia”. Según la Corte Constitucional², la temeridad, en últimas, “busca que en el curso de una acción de tutela quienes intervengan como demandantes lo hagan con pulcritud y transparencia, resultando descalificada cualquier intención de engaño hacia la autoridad pública”.

² Sentencia T 507 de 2011. M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Con claridad sobre lo anterior, se procederá a verificar si en el asunto bajo estudio se presentan cada uno de los elementos que dan lugar a la configuración de la temeridad, pues en el expediente obra prueba de que algunos jueces de tutela ya han resuelto solicitudes de amparo, aparentemente con argumentos similares a los contenidos en la acción de tutela bajo examen.

En efecto, tanto en las contestaciones como en los escritos de impugnación varias de las autoridades demandadas afirmaron que el señor Marciano Epiayu instauró otras demandas de tutela con identidad de hechos y pretensiones a la que aquí se estudia. Que, de hecho, esas demandas ya fueron tramitadas y decididas por diferentes jueces de tutela, mediante las siguientes providencias:

- Sentencia del 7 de julio de 2016, dictada por el Juzgado Segundo Laboral de Riohacha, en el expediente No. 2016-00114-00.
- Sentencia del 18 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Riohacha, en el expediente No. 2016-00917-00.
- Sentencia del 31 de mayo de 2016, dictada por el Tribunal Superior de Riohacha, en el expediente No. 2016-00003-00, confirmada por la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo del 27 de julio de 2016.
- Sentencia del Consejo Seccional de la Judicatura de La Guajira, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dictada en el expediente acumulado 2016-00389-00.

Una vez revisadas las referidas providencias, la Sala considera que en el sub lite no se configura una actuación temeraria, principalmente, porque no existe identidad de partes.

Al respecto, lo primero que conviene precisar es que el señor Marciano Epiayu, actuando en calidad de autoridad tradicional indígena, solicitó el amparo de los derechos fundamentales de una comunidad específica: el pueblo Wayúu Sigmana. De modo que no es posible predicar que existe identidad de partes cuando en otros procesos de tutela el extremo activo está conformado por el representante de una comunidad indígena diferente.

Ese es el caso, por ejemplo, de las demandas de tutela estudiadas en los procesos Nos. 2016-00003-00 y 2016-00389-00, tramitadas a instancias del Tribunal Superior de Riohacha y del Consejo Seccional de la Judicatura de La

Guajira, respectivamente, que fueron instauradas por personas distintas al señor Marciano Epiayu y que representan a las comunidades Wayúu Casischon.

Finalmente, en lo que concierne al expediente No. 2016-00917-00, promovido ante el Juzgado Tercero Administrativo de Riohacha, basta decir que existen diferencias relevantes frente a la conformación del extremo pasivo, pues, en esa oportunidad, el ICBF fue la única autoridad del orden nacional vinculada al proceso. En cambio, esta tutela se dirige también contra el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el MEN y el Minsalud. Es decir, que no existe identidad respecto de la parte demandada.

En conclusión, como no está configurada la temeridad en el caso concreto, procede la Sala a examinar el asunto de fondo.

3. Planteamiento del problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si el fallo de primera instancia, emanado del Tribunal Administrativo de La Guajira, (i) presenta falta de motivación respecto de lo ordenado al Ministerio de Educación, en tanto, asegura la entidad en su impugnación, las medidas cautelares otorgadas por la CIDH a la comunidad Wayúu no versan sobre asuntos relacionados con la educación, (ii) vinculó en sus órdenes a la Presidencia de la República, aun cuando, declara esta, existía falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de esta, en tanto se trata de un departamento sin competencias para cumplir las órdenes dadas en el fallo, y (iii) no tuvo en cuenta lo expuesto por la Gobernación de La Guajira, respecto de su falta de competencia para atender la crisis relacionada con el programa de alimentación escolar PAE.

4. Generalidades de la acción de tutela

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

irremediable. En todo caso, el otro medio de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

5. El marco jurídico de los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia

El artículo 44 de la Constitución Política determina el alcance de los principios de interés superior y protección especial de la niñez, al disponer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás y que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-740 de 2008, indicó que los adolescentes “están comprendidos en el concepto amplio de “niños” de que trata el artículo 44 de la Constitución y por tanto gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás”, por lo que se encuentran bajo la protección especial creada para la niñez, además de contar con el apoyo de los organismos públicos y privados que dedicados a la protección y fomento del desarrollo de la juventud.

En el plano internacional, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) adoptada en 1969 y aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, en su artículo 19, prevé que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. El alcance de esta disposición se completa con lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños (CIDN), cuyo artículo 3º establece un deber general de protección, en virtud del cual las medidas que adopten las autoridades públicas y las instituciones privadas de bienestar social, respecto de la niñez, deben atender al principio del interés superior del niño, de tal manera que garanticen la protección y el cuidado necesarios para su bienestar.

En cuanto a la alimentación equilibrada, la Corte Constitucional, basada en estudios del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef, por sus siglas en inglés), ha dicho que *“es especialmente sensible para los niños, particularmente durante la gestación y los dos primeros años de vida, ya que es durante esta etapa que se produce el desarrollo básico del niño. Por ello, “la falta de una alimentación y atención adecuadas produce daños físicos y cognitivos irreversibles que afectarán a la salud y al desarrollo intelectual del niño para el resto de su vida”.*

6. El principio de corresponsabilidad frente a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes

El artículo 44 de la Constitución Política establece los derechos fundamentales de los niños, cuyo cumplimiento puede ser exigido a las autoridades por cualquier persona y que prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, la Ley 1098 de 2006, "Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia", en su artículo 41, impone una serie de obligaciones al Estado para garantizar los derechos de ese grupo poblacional, entre las que se encuentran:

"1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes; 2. Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia; (...)

4. Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados; (...)

10. Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo (...); 13. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna (...)

15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes, (...) 27. *Prestar atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia"*

Al cumplimiento de dichas obligaciones en cabeza del Estado, de acuerdo con el artículo 10 de la precitada ley, no puede anteponerse el principio de corresponsabilidad, entendido como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, invocado por los aquí impugnantes como causal para declarar la falta de legitimación por pasiva a su favor.

Dicho artículo establece:

Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

7. Las medidas con enfoque diferencial para los niños, las niñas y los adolescentes indígenas

En relación con los niños, las niñas y los adolescentes indígenas, existe una protección especial reforzada que justifica un trato diferenciado, derivada de la doble condición de pertenencia a un grupo étnico y de ser menores de edad.

Diversos instrumentos de derecho internacional³ han puesto en evidencia las dificultades que afrontan los niños y adolescentes indígenas para ejercer plenamente sus derechos, al tiempo que han resaltado la importancia de conciliar

³ Se destacan, entre otros, **(i)** el Convenio 169 de la OIT (1989) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes; **(ii)** la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños (1989); **(iii)** la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), y **(iv)** la Observación General N. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

la prevalencia del interés superior del niño con el principio de identidad étnica y cultural, de cara a la adopción de medidas con enfoque diferencial que tengan en cuenta la pertenencia del menor a determinada comunidad étnica.

A modo de ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 11 “*Los indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño*”, sostuvo que, en cuanto sea posible, la obligación de protección especial a los niños debe respetar las tradiciones indígenas. Y, para tal fin, exhorta a las autoridades estatales a que pacten con los pueblos indígenas la forma en que va a concretarse ese deber de protección especial de los niños. Con respecto a las medidas encaminadas a la prestación de servicio de salud con enfoque diferencial para las comunidades indígenas, el Comité señaló:

(...) 50. El Comité insta a los Estados partes a que adopten medidas especiales para que los niños indígenas no sean objeto de discriminación en el disfrute del nivel de salud más alto posible. El Comité observa con preocupación las altas tasas de mortalidad de los niños indígenas y señala que los Estados partes tienen la obligación positiva de velar por que los niños indígenas tengan acceso a los servicios de salud en pie de igualdad, así como de luchar contra la malnutrición, contra la mortalidad en la primera infancia y en la niñez y contra la mortalidad materna.

51. Los Estados partes deberían adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de los niños indígenas a los servicios de salud. Los servicios de salud deberían, en la medida de lo posible, planearse y organizarse a nivel comunitario y administrarse en cooperación con los pueblos interesados. Se debería tener especial cuidado de que los servicios de salud tengan en cuenta el contexto cultural y de que la información correspondiente esté disponible en los idiomas indígenas.

Se debería prestar particular atención a la necesidad de que los indígenas que viven en zonas rurales y de difícil acceso o en zonas de conflictos armados, o los indígenas que sean trabajadores migratorios, refugiados o desplazados, tengan acceso a los servicios de salud. Los Estados partes deberían, además, prestar especial atención a las necesidades de los niños indígenas con discapacidades y velar por que los programas y políticas pertinentes tengan en cuenta el contexto cultural.

El personal sanitario y médico de las comunidades indígenas desempeña una importante función porque actúa como vínculo entre la medicina tradicional y los servicios médicos convencionales, por lo que se debería dar preferencia al empleo de personal de la comunidad indígena local. Los Estados partes deberían promover la función de ese personal proporcionándole los medios y la formación necesarios para que las comunidades indígenas puedan utilizar la medicina tradicional de forma tal que se tengan presentes su cultura y sus tradiciones. En este contexto, el Comité recuerda el párrafo 2 del artículo 25 del Convenio N° 169 de la OIT y los artículos 24 y 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, relativos al derecho de esos pueblos a sus propias medicinas tradicionales.

(...).

A nivel nacional, el Código de la Infancia y la Adolescencia también se refiere a la necesidad de armonizar la obligación de protección especial del niño y la autonomía de los pueblos indígenas, al disponer, en su artículo 13, que “*Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social*”.

Con todo, la Corte Constitucional ha advertido que la autonomía indígena no es absoluta y, por ende, es susceptible de limitarse en aras del interés superior del niño. Que, en efecto, “*La intensidad de la limitación de la autonomía de los pueblos indígenas puede ser mayor dependiendo del grado de afectación de los niños y de la urgencia en su atención y protección. Así, solo cuando se presenten situaciones que planteen una amenaza real e inminente de vulneración de los derechos de los niños pueden las autoridades del Estado actuar de manera inmediata para la protección de sus derechos, incluso sin la concertación con las comunidades, bien sea porque esta se intentó y no pudo concretarse o bien porque la situación de apremio lo impide*”⁴.

⁴ Sentencia T-466 de 2016.

8. Las medidas cautelares decretadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor del pueblo Wayúu, como una salvaguarda del derecho a la existencia o pervivencia de los pueblos indígenas

Mediante la Resolución N° 60 del 11 de diciembre de 2015, la CIDH decretó a favor de los miembros de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, en el departamento de La Guajira, en especial frente a los niños, niñas y adolescentes, medidas cautelares encaminadas a preservar su vida e integridad personal, ante la desnutrición infantil, falta de agua potable e impacto ambiental de los proyectos de minería a cielo abierto existentes en la región. La Comisión solicitó al Estado Colombiano lo siguiente:

- i) Asegurar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud en las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao, con un enfoque integral y culturalmente adecuado, con el fin de atender la desnutrición infantil y enfermedades prevenibles o evitables;*
- ii) Tomar medidas inmediatas para que las comunidades beneficiarias puedan tener, a la brevedad posible, acceso al agua potable y saludable, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de las niñas y niños;*
- iv) Tomar medidas inmediatas para que las niñas y niños puedan tener alimentos en calidad y cantidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias con pertinencia cultural, así como de establecer los mecanismos idóneos para la identificación de casos de desnutrición para una intervención inmediata.*

9. El derecho a la salud y al ambiente sano de las comunidades indígenas en la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en junio de 2016, en reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas como un aspecto fundamental y de trascendencia histórica para el presente y futuro del continente, y en especial atención al hecho de que estos han sufrido injusticias históricas como resultado de la colonización y el despojo de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses, estableció en su sección tercera, dedicada a la identidad cultural de aquellos, compromisos

internacionales para los estados miembros en materia de salud y protección del medio ambiente sano de los pueblos indígenas, de la siguiente manera⁵:

Artículo XVIII. Salud

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales.*
- 3. Los Estados tomarán medidas para prevenir y prohibir que los pueblos y las personas indígenas sean objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica, así como - 8 - la esterilización sin su consentimiento previo libre e informado. Asimismo, los pueblos y las personas indígenas tienen derecho, según sea el caso, al acceso a sus propios datos, expedientes médicos y documentos de investigación conducidos por personas e instituciones públicas o privadas.*
- 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a utilizar, sin discriminación alguna, todas las instituciones y servicios de salud y atención médica accesibles a la población en general. Los Estados en consulta y coordinación con los pueblos indígenas promoverán sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios que se provean en las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas de salud.*
- 5. Los Estados garantizarán el ejercicio efectivo de los derechos contenidos en este artículo.*

Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano

- 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.*
- 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.*

⁵ DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, artículos XVII Y XIX.

3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas

4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

En definitiva, estos desarrollos a nivel interno e internacional lo que buscan es garantizar la pervivencia de los pueblos indígenas, como una manifestación del derecho a la autodeterminación.

10. Estudio y solución del caso concreto

El señor Marciano Epiayu, autoridad indígena Wayuu en el sector de Sigmana, en inmediaciones del municipio de Manaure, manifiesta que los miembros de su comunidad atraviesan por una precaria situación, consecuencia de la crisis humanitaria que atraviesa el departamento de La Guajira debido a la falta de agua potable, alimentos de primera necesidad, servicios de salud integral y falta de eficacia de las entidades gubernamentales en las labores de inspección, vigilancia y control para garantizar que el presupuesto destinado a las comunidades indígenas cumpla su objetivo.

Indica que debido a esto, la deserción escolar ha aumentado en la población infantil de la comunidad, pues los niños deben dejar sus labores educativas a un lado para salir en búsqueda de alimentos, aunado al hecho de que instituciones como el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud Departamental, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Secretaria de Educación Departamental y la Secretaria de Salud Departamental, no hacen presencia en el territorio, por lo que la población menor de edad se encuentra en delicado estado de salud, con patologías como la desnutrición severa y crónica.

Considera que, tratándose de sujetos de especial protección constitucional reconocida por la Corte Constitucional, la acción de tutela se erige como el mecanismo judicial idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la educación, el suministro de agua

potable, la autonomía y a la autodeterminación de las comunidades indígenas Wayuu del departamento de La Guajira, amenazadas por la crisis humanitaria que desde hace décadas padecen, por lo que solicita que se ordene la Nación - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - Ministerio de Educación Nacional - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) - Departamento de La Guajira - Secretaría de Salud y Educación Departamental - Municipio de Manaure - Secretaría de Salud y Educación Municipal y las E.P.S.S.(I), I.P.S.I, la atención efectiva de la población indígena que representa en el marco de sus competencias, en el contexto de las medidas cautelares decretadas a favor de la comunidad Wayúu por la CIDH, mediante la resolución 60 de diciembre de 2015.

El Tribunal Administrativo de La Guajira, en sentencia de 23 de noviembre de 2016, amparó los derechos fundamentales a la vida, salud, dignidad humana, educación, suministro de agua potable, integridad personal, diversidad étnica y cultural, autonomía, participación y autodeterminación de los niños, niñas y adolescentes de las comunidad Indígena Wayúu Sigmana de la jurisdicción de Manaure, La Guajira, bajo la consideración de que, aun cuando se han emitido pronunciamientos en el mismo sentido, la inoperancia administrativa no ha permitido que la problemática de desnutrición infantil en el departamento se supere, y los niños de las comunidades cuya protección se invoca continúan muriendo.

En este sentido, resolvió hacer extensivas las órdenes emitidas por la CIDH y la Corte Constitucional a las entidades accionadas y ordenó su cumplimiento según sus competencias y funciones.

En la contestación a la demanda y posterior impugnación del fallo de primera instancia, el Ministerio de Educación Nacional refirió que ha dispuesto todas las acciones y actividades que, en cumplimiento de su rol de coordinación y seguimiento, le corresponde adelantar para lograr la efectiva ejecución del Programa de Alimentación Escolar en todo el territorio nacional, de conformidad con el modelo de operación señalado en el decreto 1852 de 2015.

Arguyó que en el fallo de primera instancia se presenta falta de motivación, pues, en su concepto, ni la CIDH, ni la Corte Constitucional, en las providencias

referidas en el fallo de tutela T-466 de 2016, emitieron órdenes relacionadas con el tema de su competencia, esto es, la educación.

Adujo que la sentencia impugnada omitió realizar un análisis en relación con las competencias del Ministerio de Educación y, sin argumentación alguna que diera soporte a lo decidido, consideró pertinente extender a dicho gabinete las ordenes contenidas en las decisiones de la CIDH y por la Corte Constitucional, de 11 de diciembre de 2015 y 30 de agosto de 2016, respectivamente, las cuales conminan al Estado Colombiano a adoptar medidas necesarias para preservar la vida y la integridad de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Manaure entre otras, permitiendo el acceso a los servicios de salud con calidad, programas nutricionales, suministro de agua potable y suministro de alimentación en general con calidad para la población wayuu.

Que respecto del programa de alimentación escolar, PAE, según el esquema descrito en el Decreto 1852 de 2015, las entidades territoriales deben apropiarse y reservar los recursos necesarios y suficientes para la financiación o cofinanciación del mismo en su jurisdicción, adelantando los trámites para comprometer vigencias futuras y ejecutar directa o indirectamente el PAE con sujeción a los lineamientos, estándares y condiciones mínimas señaladas por el Ministerio de Educación Nacional, para lo cual deberán adelantar los procesos de contratación a que haya lugar para ejecutarlo en forma oportuna, ordenando el gasto y el pago de los mismos.

Aduce que, por lo tanto, es el municipio de Manaure, La Guajira el titular de las competencias de orden legal frente al Programa de Alimentación Escolar, de acuerdo a lo señalado en la Ley 136 de 1994, artículo 3, modificado por el artículo 6° de la Ley 1551 de 2012, que dispone en su numeral 20 que es función de cada municipio ejecutar el PAE con sus propios recursos y los provenientes del departamento y la Nación, los cuales podrán realizar el acompañamiento técnico, acorde con sus competencias.

La apoderada del Presidente de la República y del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, impugnó el fallo de primera instancia, y solicitó que se revocara en lo que se refiere a la Presidencia de la República y se denegara la solicitud de tutela, en tanto, adujo, la demanda de tutela fue formulada en contra de varias entidades y autoridades, aduciendo hechos generales, sin

pruebas de las afirmaciones que se hacen y, en lo que respecta a la Presidencia de la República, no hay un solo hecho de los relatados en la demanda que se le endilgue ni por acción, ni por omisión; sino que simplemente se le menciona como entidad accionada y al establecer las pretensiones de la demanda se hace una mención, solicitando que garantice, junto con otros demandados, el suministro de agua potable salubre de manera continuo, suficiente, fehaciente, integral, permanente e indefinidamente.

Que por lo anterior, se advierte la improcedencia de la tutela contra la Presidencia de la República por falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el tema objeto de debate no hace parte de sus competencias legales y no está a su cargo, lo que impedía que se le diera orden alguna para cumplir.

La Secretaria de Educación de La Guajira, en representación de la gobernación de ese departamento, impugnó la decisión de primera instancia y solicitó declarar la falta de legitimación por parte de dicha entidad para cubrir el servicio educativo del Programa de Alimentación Escolar (PAE) en la comunidad Sigmana, sector de musichy, a la que pertenece el demandante, que fue ordenada en el fallo de primera instancia.

Esto, por cuanto, declaró, la administración del servicio educativo no solo debe cubrir la población educativa de un municipio no certificado como Manaure, La Guajira, sino que se debe determinar el acceso de niños, niñas y adolescentes en un establecimiento oficial, a través de su registro en el Directorio Único de Establecimientos Educativos (DUE), en el que no aparece la comunidad indígena demandante, por lo que existen consideraciones inexactas por parte del accionante en afirmar la presunta vulneración al suministro integral y adecuado de los complementos alimentarios de Programa de Alimentación Escolar (PAE), toda vez que, en su concepto, no demostró que los sujetos de vulneración estuviesen debidamente matriculados en un establecimiento educativo oficial.

De otra parte, informó que hubo varias acciones de tutela procedentes de distintas comunidades indígenas de Manaure, en relación con los mismos hechos, que fueron de conocimiento y acumuladas en la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Seccional de la Judicatura, en los que rindió informe. Sus radicados son: 001-002-2016-00373-00, 2016-00375, 201600383, 2016000284, 2016-00285, 2016-00286, 2016-00384, 440011102-002-2016-0039-00 y 002-2016-000389-00,

por lo que estima que con la admisión de la presente tutela se viola el debido proceso, en tanto se desconoce lo establecido en Auto 172 de 2016 de la Corte Constitucional, respecto de las reglas de reparto frente a acciones de tutela masivas.

Finalmente, refirió que no pudo emprender nuevamente el proceso contractual del programa PAE por *“los percances que se tuvo con el Gobernador encargado JORGE VELEZ en cuanto al tema de la negación de las facultades por parte de la Duma Departamental”* y que, ante esa situación, le fue imposible darle continuidad a la proyección y ejecución de dicho programa, en los establecimientos educativos hasta finalizar el calendario académico.

Para la Sala los argumentos anteriormente expuestos no son válidos por las siguientes razones:

10.1. De la supuesta falta de motivación en el fallo de primera instancia

Sobre este argumento, expuesto por el MEN en su impugnación en tanto considera que las órdenes de primera instancia no tienen relación con sus competencias legales, la Sala observa que, por disposición del artículo 136 (parágrafo 4) de la Ley 1450 de 2011, esta cartera tiene a cargo la orientación, ejecución y articulación del Programa de Alimentación Escolar (PAE), cuya inoperancia está íntimamente relacionada con la problemática de desnutrición infantil padecida por la comunidad Wayuu, y que, a su vez, constituyó una de las principales razones por las que la CIDH decretó las medidas cautelares a favor de esta comunidad indígena, las cuales se hicieron extensivas a las entidades demandadas en el fallo impugnado.

Para la Sala, la radicación de competencias legales de orden directivo respecto del PAE en cabeza dicho ministerio, justifica la legitimación que le asiste al mismo para comparecer a este proceso como demandado, al tiempo que constituye motivación suficiente para las órdenes tachadas como inmotivadas, por lo que este argumento de defensa será descartado.

La Sala no desconoce que el objetivo general del PAE es contribuir al acceso con permanencia de los niños, niñas y adolescentes matriculados en las instituciones educativas oficiales, a través del suministro de un complemento alimentario.

Empero, no cabe duda de que en las precarias condiciones en que se encuentran los menores Wayúu, la correcta y continuada ejecución de ese programa podría atenuar en parte el problema de desnutrición. Y aunque así no fuera, cabe recordar que el demandante también dijo que los niños de su comunidad estaban desertando de las escuelas para salir en busca de alimentos, circunstancia — penosa, por cierto— que no fue desvirtuada por las autoridades demandadas y que se ajusta al objetivo general del PAE.

10.2. De la falta de legitimación por pasiva de las entidades demandadas

Sobre este argumento, expuesto, entre otros, por el Dapre, la Sala advierte que, conforme con el artículo 1º del Decreto 1649 de 2014, le corresponde a este «asistir al Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales y prestarle el apoyo administrativo necesario para dicho fin». A su turno, el artículo 3º establece que el Dapre tendrá las siguientes funciones generales:

1. *Asistir al Presidente de la República, en su condición de Jefe del Estado, en su labor de velar porque los diferentes órganos del Estado se colaboren armónicamente para la realización de sus fines.*
2. *Organizar, dirigir, coordinar y realizar directamente, si fuere el caso, las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer, en relación con los órganos del Estado que integran las ramas del poder público y los demás órganos estatales, autónomos e independientes.*
3. *Colaborarle al Presidente de la República en su deber de garantizar los derechos y las libertades de todos los colombianos.*
4. *Organizar, asistir y coordinar las actividades necesarias que demande el Presidente de la República, para el ejercicio de las facultades constitucionales que le corresponde ejercer como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, y disponer lo necesario, según sus instrucciones, para la eficiente y armónica acción del Gobierno, representándolo, cuando así lo demande, en la orientación y coordinación de la administración pública y de sus inmediatos colaboradores en la acción de Gobierno.*
5. *Asistir al Presidente de la República en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.*
6. *Coordinar las relaciones entre el Presidente de la República con los entes territoriales, el sector privado y las organizaciones sociales.*

(...)

12. *Prestar el apoyo logístico y administrativo que se demande, para el ejercicio de las facultades y funciones presidenciales.*

De allí, que sea evidente para la Sala que el Dapre tiene ineludibles labores de organización, dirección y coordinación de los diferentes órganos del Estado, entre los que se encuentran aquellos responsables de brindarle la asistencia en salud y alimentación a los niños, las niñas y adolescentes Wayúu, frente a la crisis multidimensional en la que se encuentran.

Como se explicó antes, conforme al artículo 10 de la Ley 1098 de 2006, la corresponsabilidad entre las necesidades no atendidas de los menores de la etnia Wayúu y las entidades con competencias específicas para atenderlas, no puede invocarse como excusa de las aquí demandadas, con el objetivo de evadir la prestación de la atención necesaria a la crisis multidimensional que afecta los derechos fundamentales de esta población de protección especial constitucional, máxime al tratarse de una entidad con funciones de coordinación como el Dapre.

Llama la atención de la Sala que la estrategia de defensa del departamento administrativo a cargo de las relaciones de coordinación entre el Presidente de la República y el resto del sector central se fundamente en aludir carencia de legitimación para comparecer como demandado a este proceso, cuando es un hecho notorio que la crisis humanitaria que atraviesa la etnia Wayúu, y en general el departamento de La Guajira, evidencia fallas estructurales en la prestación de servicios esenciales, que requieren –obligatoriamente- del concurso de la cabeza del ejecutivo para liderar la planeación y ejecución de las medidas que ayuden a superar dicha crisis.

Aunado a lo anterior, para la Sala no es de recibo la petición de desvincular de la presente acción al Dapre, cuando el punto central de la misma radica en la extensión de las medidas cautelares que la CIDH ordenó a la cabeza de dicho departamento, el Gobierno de la República de Colombia, cuya fuerza vinculante para las autoridades es innegable conforme lo ha dicho la Corte Constitucional en las sentencias T-786 de 2003, T-524 de 2005, T-367 de 2010, T-585 A de 2011 y T-976 de 2014.

10.3. De la falta de competencia de las entidades demandadas frente a las órdenes de primera instancia

En relación con este argumento, expuesto en su impugnación por el departamento de La Guajira, basta decir que **existen múltiples disposiciones constitucionales y legales que establecen competencias de esa entidad territorial en las materias que son objeto principal de esta tutela: salud y educación**, tales como: el artículo 67, 285 y siguientes de la Constitución⁶, y la Ley 715 de 2001⁷ (artículos 6, 8, 43).

⁶ ARTICULO 285. Fuera de la división general del territorio, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado.

ARTICULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

ARTICULO 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

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

⁷ «ARTÍCULO 6. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS. Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:

(...)

6.2. Competencias frente a los municipios no certificados.

6.2.1. Dirigir, planificar; y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.

6.2.2. Administrar y distribuir entre los municipios de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley.

(...)

ARTÍCULO 8. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS. A los municipios no certificados se les asignarán las siguientes funciones:

(...)

8.1. Administrar y distribuir los recursos del Sistema General de Participaciones que se le asignen para el mantenimiento y mejoramiento de la calidad.

(...)

8.3. Podrán participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación. Los costos amparados por estos recursos no podrán generar gastos permanentes para el Sistema General de Participaciones.

8.4. Suministrar la información al departamento y a la Nación con la calidad y en la oportunidad que señale el reglamento.

(...)

ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(...)

43.2. De prestación de servicios de salud

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

(...)

Específicamente, respecto de la competencia del departamento en el PAE, el artículo 2.3.10.4.3 del Decreto 1852 de 2015, que establece las funciones de las entidades territoriales en el desarrollo de dicho programa, prevé:

Las entidades territoriales cumplirán las siguientes funciones en relación con el Programa de Alimentación Escolar PAE:

- 1. Apropiar y reservar los recursos necesarios y suficientes para la financiación o cofinanciación del PAE en su jurisdicción, y adelantar los trámites para comprometer vigencias futuras cuando haya lugar.*
- 2. Garantizar que en una institución educativa no existan dos operadores del servicio que realicen sus actividades de manera simultánea en el mismo lugar de preparación o de entrega de los alimentos, y que un mismo beneficiario no sea receptor de dos raciones en el mismo tiempo de consumo.*
- 3. Asegurar la dotación de equipos, utensilios y menaje necesarios para la operación del programa en las instituciones educativas priorizadas, de acuerdo con la modalidad que se esté suministrando.*
- 4. Remitir oportunamente al Ministerio de Educación Nacional la información y los documentos que establezca de manera general o que solicite específicamente para el seguimiento y consolidación de las cifras del programa y realizar el reporte de los recursos en el Sistema Consolidador de Hacienda e Información Pública - CHIP.*
- 5. Establecer y remitir al Ministerio de Educación Nacional antes del 31 de octubre de cada año la priorización de instituciones educativas del calendario escolar siguiente. Para el año 2015 la fecha límite será fijada por ese Ministerio.*

De allí que los alegados percances en la contratación mencionados por el departamento en su impugnación, no puedan ser tenidos como excusa válida por parte de este para alegar su falta de competencia en la ejecución del PAE, programa bandera de alimentación infantil escolar en todo el territorio, cuyo

ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

(...)

44.1.1. Formular, ejecutar y evaluar planes, programas y proyectos en salud, en armonía con las políticas y disposiciones del orden nacional y departamental.

(...)

44.3.2. Establecer la situación de salud en el municipio y propender por el mejoramiento de las condiciones determinantes de dicha situación. De igual forma, promoverá la coordinación, cooperación e integración funcional de los diferentes sectores para la formulación y ejecución de los planes, programas y proyectos en salud pública en su ámbito territorial.

(...)».

efectivo desarrollo influye notablemente en la reducción de las cifras de desnutrición y falta de dieta adecuada en los niños, niñas y adolescentes cuyos derechos fundamentales se ordenó proteger, por lo que dicho argumento también será descartado.

10.4. De la ausencia de vulneración por la adopción de medidas necesarias para superar la crisis humanitaria que afecta al pueblo Wayúu

Las autoridades demandadas que impugnaron el fallo de tutela de primera instancia coincidieron en que se encuentran ejecutando acciones tendientes a conjurar la grave situación de enfermedad y desnutrición que aqueja a los niños, las niñas y los adolescentes Wayúu.

Específicamente, el Dapre informó que hace poco el Ministerio de Relaciones Exteriores presentó un informe ante la CIDH, en el que detalló las gestiones adelantadas para cumplir con: identificación de población en situación de vulnerabilidad nutricional, estrategias de atención integral en salud y nutrición con enfoque diferencial, entre otras.

El MEN, por su parte, señaló que le ha girado al departamento de La Guajira los recursos necesarios para implementar el Programa de Alimentación Escolar.

Si bien la Sala no desconoce el hecho de que estas entidades han tomado medidas en torno a la problemática que afecta a los Wayúu, mientras no se supere completamente la crisis, no puede hablarse de ausencia o de superación de la vulneración de los derechos fundamentales de esta población desventajada que requiere especial atención de las autoridades del Estado.

Esto es así, en tanto constituye un hecho notorio que siguen presentándose decesos de menores al interior de la comunidad Wayúu por causas asociadas a la desnutrición, lo que indica que las acciones desplegadas por las autoridades no han sido eficaces para contrarrestar ese flagelo.

En el mismo sentido, recientemente, el procurador general de la Nación advirtió que *“Las medidas implementadas hasta la fecha no están generando el impacto y*

los resultados esperados para brindar condiciones de seguridad alimentaria, salud, de acceso a agua potable con suficiencia y calidad⁸.

Acertó, pues, el a quo, al concluir que, pese a que se han implementado programas y estrategias para mitigar la problemática de desnutrición de la población infantil Wayúu, aún no cesa la vulneración alegada, pues la crisis humanitaria sigue cobrando vidas entre los niños indígenas.

En el caso particular, aunque se reclame la protección de los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes de una comunidad Wayúu específica: Sigmana, asentada en el municipio de Manaure, lo cierto es que ante la crisis generalizada que afecta a la etnia Wayúu, debe evitarse a toda costa que las autoridades competentes se desgasten innecesariamente en procura de atender diferentes decisiones y en preparar informes que los organismos internacionales o los jueces exigen para constatar el cumplimiento de las medidas solicitadas.

La multiplicidad de órdenes (judiciales o no) no solo genera distorsión, sino que ralentiza la ejecución de acciones enfocadas a materializar los derechos fundamentales de los menores indígenas, con el enfoque diferencial requerido.

Es por esto que la Sala comparte la decisión impugnada de extender a las autoridades demandadas las órdenes impartidas por la CIDH y la Corte Constitucional, en la Resolución 60/2015 (medidas cautelares No. 51/15) y la sentencia T-466 de 2016, respectivamente.

Así mismo, la Sala estima acertada la orden dada al departamento de La Guajira, en el sentido de adelantar las gestiones administrativas y presupuestales tendientes a restablecer el PAE, pues, como ya se dijo, se trata de una estrategia que, además de evitar la deserción escolar de los niños Wayúu, podría atenuar en parte el problema de desnutrición.

En ese contexto, queda resuelto el problema jurídico: la sentencia de tutela de primera instancia está ajustada a derecho, en cuanto tuteló los derechos

⁸ Comunicado del 15 de marzo de 2017, PGN. En: https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-pide_declarar_estado_de_cosas_inconstitucionales_por_crisis_en_La_Guajira.news

fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes de la comunidad Wayúu Uraichiquepa y extendió a las autoridades demandadas los efectos de las decisiones de la CIDH y de la Corte Constitucional.

En consecuencia, se impone confirmar la sentencia impugnada.

10.5. Última cuestión: Del estado de cosas inconstitucionales para la población indígena Wayuu

La pervivencia de los pueblos indígenas, entendida como la permanencia de estas comunidades ancestrales a pesar del paso del tiempo y de las dificultades a la que su existencia se ha visto avocada, es sin duda uno de los elementos que guía el desarrollo jurisprudencial, local e internacional, en pro de la protección de los derechos de estas comunidades, en especial atención a su calidad de sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de los Estados.

Esta característica, entendida en una doble dimensión como padecimiento y, a la vez, como prueba del arraigo de los pueblos originarios al territorio, evidencia la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, *“que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos⁹”*.

En este sentido, la Sala, en contexto con el tratamiento privilegiado que diferentes entidades estatales han venido otorgando a la crisis humanitaria desatada en el departamento de La Guajira, considera pertinente secundar al Procurador General de la Nación en la solicitud que recientemente presentó ante la Corte Constitucional, a fin de que declare el estado de cosas inconstitucionales ante la grave crisis humanitaria que sufre el pueblo Wayúu, especialmente los menores de edad.

El llamado estado de cosas inconstitucionales es la expresión construida por la propia Corte para poner en evidencia ciertos hechos graves que requieren de la intervención coordinada tanto de las autoridades como de los particulares, pues

⁹ Declaración Americana Sobre Los Derechos De Los Pueblos Indígenas, Preámbulo

están en riesgo los derechos fundamentales de determinados grupos de población.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte se ocupó de la problemática de la población en situación de desplazamiento forzado por la violencia y encontró que ciertamente se configuró el estado de cosas inconstitucionales, entre otras, por las siguientes razones:

1. Por la vulneración masiva, sistemática y generalizada de los derechos fundamentales de la población desplazada.
2. Por la omisión prolongada de las autoridades públicas de solucionar eficientemente la compleja problemática de los desplazados. En especial, porque se habían dejado de atender los requerimientos relacionados con vivienda, salud, empleo, etcétera.
3. Porque la situación de las personas desplazadas solo se ha podido conjurar mediante la intervención del juez de tutela, circunstancia que, sin embargo, ha generado una inusitada congestión judicial porque los afectados acuden masivamente a reclamar la protección de derechos fundamentales vulnerados y la intervención del Estado ha sido claramente restringida.
4. Por la existencia de una grave problemática social que no se resuelve sino con la intervención coordinada de varias autoridades y con la apropiación de cuantiosos recursos económicos.

Ante esa situación, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucionales para el caso de los desplazados por la violencia y exhortó a las autoridades para que sumaran esfuerzos tendientes a superar ese estado de cosas inconstitucionales, que se presentaba por la falta de planes, programas y proyectos dirigidos a atender a esa población.

La Corte, pues, ha tenido la oportunidad, en sede de revisión, de ocuparse de los casos de varias personas que se encuentran en alguna situación especial de vulnerabilidad (desplazados por la violencia, reclusos, concurso de notarios, omisión en el pago de las mesadas a los pensionados del Chocó por Cajanal, atraso sistemático de las peticiones presentadas en el régimen de prima media, entre otros), y ha encontrado necesario no solo declarar el llamado estado de cosas inconstitucionales, sino que ha librado órdenes complejas a las autoridades públicas para que actúen y contribuyan a superar ese estado de cosas contrario a

la Carta Política (caracterizado por la violación sistemática de derechos fundamentales), en especial, los relacionados con la obligación del Estado de garantizar los principios y derechos consagrados en la Carta Política.

Así, la declaratoria del llamado estado de cosas inconstitucionales se ha convertido en un mecanismo para ayudar a mitigar y solucionar ese tipo de problemáticas. Pero la Sala tiene claro que esa es una atribución exclusiva de la Corte Constitucional, atribución que, de hecho, se acompasa con la función de revisar las sentencias dictadas en la acción de tutela, en los términos establecidos por los artículos 214-9 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991.

En opinión de la Sala, en el caso de la etnia Wayúu, están dadas las condiciones para que proceda la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales.

En efecto, i) existe una vulneración generalizada de varios derechos constitucionales (vida, salud, alimentación y seguridad alimentaria, protección especial de los niños y de las comunidades étnicas, etc.) que afecta a un número significativo de personas, debido a la problemática de falta de acceso al agua potable, desnutrición severa y morbilidad infantil; (ii) las autoridades omitieron por largo tiempo tomar medidas para conjurar la crisis y las que han adoptado hasta ahora no han generado el impacto esperado para evitar que se sigan vulnerando los derechos fundamentales; (iii) el problema social es de tal magnitud que para resolverlo se requiere de la intervención coordinada de varias autoridades de la apropiación de cuantiosos recursos económicos; (iv) en caso de que cada comunidad Wayúu acudiera a la tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, se congestionaría la justicia.

Según el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) , análisis que comparte la Sala, en punto de la situación del pueblo Wayúu, el estado de cosas inconstitucionales le permitiría a la Corte Constitucional: (i) hacer un llamado de atención más fuerte a todas las autoridades públicas a fin de que reconozcan la gravedad de la situación y adopten acciones efectivas; (ii) ejecutar acciones más coordinadas entre distintas autoridades estatales que actualmente no se comunican; (iii) establecer mecanismos de seguimiento más vigorosos que aseguren la implementación de las ordenes de la Corte; y (iv) abriría un espacio de participación a las víctimas y la comunidad para que participen en la toma de

las mejores decisiones que les permitan el acceso al alimento, al agua y la protección del medio ambiente.

Por todo lo anterior, en atención al carácter urgente que requieren las medidas decretadas por la CIDH para garantizar la pervivencia de los pueblos indígenas Wayúu del departamento de La Guajira, y en los mismos términos del Procurador General de la Nación, la Sala invitará a la Corte Constitucional a que, en sede de revisión, si encuentra cumplidos los requisitos, declare el estado de cosas inconstitucionales por la crisis humanitaria que afronta la etnia Wayúu, asentada en el departamento de La Guajira.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la sentencia impugnada.

Segundo.- INVITAR a la Corte Constitucional para que en sede de revisión, si encuentra cumplidos los requisitos, declare el estado de cosas inconstitucionales por la crisis humanitaria que afronta la etnia Wayúu, asentada en el departamento de La Guajira.

Tercero.- NOTIFÍQUESE esta decisión por el medio más eficaz y expedito posible, como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- REMÍTASE el expediente de tutela a la Corte Constitucional para que surta el trámite de eventual revisión previsto en el artículo 86 de la Constitución Política.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidenta de la Sección

MILTON CHAVES GARCÍA

Consejero

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Consejero