



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN CECILIA PLATA JIMÉNEZ

Riohacha Distrito Especial, Turístico y Cultural, doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Acción: Tutela

Accionante: Autoridades Tradicionales Indígenas Hairrainmaru, Tankamana, Alemasain, Parroujamana, Mannajuyaii, Makii, Amushishou, Julouliyapu.

Accionado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-

Radicación No. 44-001-33-40-002-2021-00014-01 acumulado 44-001-31-05-002-2021-00016-01

Tema: Derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la dignidad humana, a la salud, a la integridad personal, a la diversidad étnica y cultural, a la autonomía, participación y autodeterminación.

Asunto

Decide el Tribunal la impugnación interpuesta por la parte accionada contra el fallo de fecha 10 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito Judicial de Riohacha, mediante el cual resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por los accionantes de los procesos de la referencia.

I. Antecedentes

1.1. Hechos (fl.4-6 y 234-236)

Como supuestos fácticos de las acciones constitucionales de la referencia, los accionantes indicaron que las comunidades indígenas Wayúu del Departamento de La Guajira se encuentran atravesando una grave crisis humanitaria debido a la falta de agua potable, al desabastecimiento de alimentos de primera necesidad, la efímera prestación del servicio de salud, la poca infraestructura educativa y la negligencia de los órganos estatales para implementar políticas integrales en el marco de un enfoque diferencial dirigido a las comunidades indígenas Wayúu.

Relataron que la situación se agrava en cuanto a los niños, niñas, adolescentes y madres gestantes ante la falta de atención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, poniendo en riesgo la vida de los menores ante la desnutrición.

Señalaron que en reiteradas ocasiones han presentado solicitudes ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, acudiendo a la sede Centro Zonal No. 4 ubicada en el Municipio de Manaure, con el objeto de que se les brinde acceso al programa “modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas – Unidades étnicas de atención- sin encontrar una respuesta real a su situación.

Con ocasión de la pandemia ocasionada por el coronavirus COVID-19, la crisis de las comunidades indígenas se ha agudizado, puesto que los adultos de estas comunidades no han podido ejercer sus artes y oficios para generar ingresos

económicos que les permitan adquirir alimentos, por lo que muchos de los menores se encuentran en riesgo de desnutrición.

Finalmente alegaron que el estado de vulnerabilidad de las comunidades indígenas se vio agravado en el año 2020 debido a que las políticas, sociales y económicas adoptadas no han beneficiado a estas comunidades, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- no ha hecho presencia en los territorios indígenas para focalizar la ayuda a la comunidad y brindarles una atención a los niños de acuerdo a su competencia.

1.2. Pretensiones (fl. 12-13 y 242-243)

Los accionantes a través de la acción constitucional de la referencia pretenden:

*“**Primero:** Con fundamento en los hechos expuestos, respetuosamente nos permitimos solicitar al Honorable juez que se tutelen nuestros derechos fundamentales, por ende, los de nuestra niñez, a LA VIDA, SEGURIDAD ALIMENTARIA, IGUALDAD, DIGNIDAD HUMANA, SALUD, EDUCACIÓN, INTEGRIDAD PERSONAL, DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL, AUTONOMIA, PARTICIPACION, AUTODETERMINACIÓN, los cuales han sido vulnerados a nuestras comunidades (...)*

Segundo: Se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-.a nivel nacional representado por la Directora Lina María Arbeláez y regional por el Director (sic) Martha Isabel Tovar Turmeque que garanticen la implementación de la programa “modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas – Unidades étnicas de atención (UCA) en nuestras comunidades, suministrando una efectiva atención médica y nutricional fehaciente, integral, permanente e indefinida con un enfoque diferencial.

Tercero: Se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (Nacional y Regional) que conforme a la microfocalización realizada, vincule a los niños, niñas y adolescentes de nuestra comunidad a los programas de la institución garantizándole sus derechos fundamentales.

1.3. Sentencia de primera instancia (fl. 791-801)

Mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, el Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito judicial de Riohacha, resolvió:

*" **Primero. AMPARAR** los derechos fundamentales a la alimentación y salud de los niños, niñas, adolescentes y madres gestantes de las comunidades indígenas Wayúu Hairrainmaru –Sector Taroa- y Tankama –Sector Wimpeshi-, Alemasain- Sector Cardón-, Parroujamana -Sector Cardon-. Mannajuyaii -Sector Wimpeshi-, Makii -Sector Flor del Paraíso-, Amushishou -Sector Jonjoncito y Julouliyapu -Sector Taparajin-.*

***Segundo. INFÓRMESE** a las partes que en la sentencia T-302 de 2017 la Corte Constitucional declaró un estado de cosas inconstitucional en el acceso a la alimentación y la salud, en condiciones culturalmente adecuadas y pertinentes, de los niños, niñas y madres gestantes del pueblo indígena Wayúu, y que esta declaratoria cubre la situación de las comunidades tutelantes, todas del municipio de Uribia del Departamento de La Guajira, razón por la cual su situación debe ser atendida por las autoridades*

vinculadas a la superación del estado de cosas descrito, en el marco de las medidas y políticas estructurales que se adelanten con ocasión a dicha providencia.

Tercero. ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al Departamento de La Guajira y al Municipio de Uribia, a través del Ministro, Director Nacional, Gobernador y Alcalde, respectivamente, divulgar esta sentencia dentro del Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas de que trata el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia T-302 de 2017, de forma tal que todos los órganos que componen el Mecanismo Especial conozcan la decisión.”

Como fundamento de la anterior decisión, el a quo sostuvo que, teniendo en cuenta la declaratoria de cosas inconstitucionales en el que se encuentra los niños de la población wayúu y la afectación de sus derechos fundamentales a la alimentación y salud que realizó la Corte Constitucional en la sentencia T-302 de 2017, el Despacho accedería al amparo solicitado, no obstante, atendiendo a las órdenes impartidas por el máximo ente de lo constitucional en la referida sentencia no se impartirían ordenes adicionales, pero sí se dispondría tanto a la entidad accionada como a las vinculadas a que divulguen la sentencia proferida dentro del Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de Políticas Públicas de que trata el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia T-302 de 2017.

Lo anterior, consideró el a quo, debido a que las pretensiones de las dos acciones de tutela que se desatan van encaminadas a la protección de los niños, niñas y madres gestantes de las comunidades indígenas asentadas en el Municipio de Uribia, por lo cual se colige que son beneficiarias de las ordenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T302- de 2017, así como de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015.

Sostuvo además que, no se desconoce que con posterioridad a la sentencia T-302 de 2017 de la Corte Constitucional se han suscitados cambios normativos con ocasión de la expedición de los decretos legislativos expedidos por el presidente de la republica bajo la emergencia sanitaria, que implicaban disminución en la atención presencial de los entes estatales, no obstante tal situación no era suficiente para expedir una orden concreta más allá de las proferidas por la Corte Constitucional en la referida providencia, pues si bien la emergencia sanitaria provocó hechos nuevos y posteriores, también lo es que las consecuencias afectan de forma homogénea y general la prestación de los servicios de alimentación y salud a las poblaciones indígenas, y no solo a las accionantes.

Adujo el juzgado de primera instancia que, si los accionantes pretendían reclamar la insuficiente prestación de los servicios de alimentación y salud, no era la tutela el mecanismo idóneo para dicho reclamo, puesto que, en virtud del fallo de la Corte Constitucional, el mencionado análisis le correspondería en sede de desacato a la agencia judicial que profirió la sentencia, y la que seria la encargada de determinar si se han incumplido o no las órdenes impartidas en la sentencia T-302-2017.

Finalmente señaló la a quo que, no encontraba acreditada la carencia actual de objeto por hecho superado debido a que la accionada no demostró haber satisfecho la

pretensión de los actores, esto es, la implementación de la modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas y rurales – Unidades Comunitarias de Atención UCA, modalidad que tiene un carácter presencial, por lo que al realizarse vía telefónica el acompañamiento a las comunidades accionantes, no puede entenderse implementada dicha modalidad.

1.4. De la impugnación (fl.821-832)

Inconforme con la anterior decisión, la entidad accionada mediante su Directora Regional presentó impugnación en la que solicitó se revocara la sentencia de primera instancia, en su lugar se declarara improcedente la acción constitucional de la referencia, y se desvinculara del trámite a su representada.

Para fundamentar sus pedidos, la accionada sostuvo que en articulación con las entidades del Estado y en coordinación del DAPRE trabaja en la conformación del plan de acción que contienen las políticas públicas que se requieren para cumplir los objetivos mínimos establecidos en la sentencia T-302 de 2017 y superar el estado de cosas inconstitucionales.

Señaló además que se ha estado garantizando la implementación de la modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas y rurales – Unidades Comunitarias de Atención UCA, suministrando una efectiva atención médica y nutricional integral y permanente con enfoque diferencial, tal y como se observa de las cifras aportadas con el escrito de impugnación.

En lo que atañe a la vinculación de los niños y niñas de las comunidades accionantes a los programas de la institución, a partir de la microfocalización realizada, señaló que las solicitudes de demanda espontánea de atención deben ser ingresadas en el formulario de espera, ya que como autoridades que conocen el territorio, deben garantizar el registro de cada uno de los potenciales usuarios en dicho formulario, pues ese es el mecanismo autorizado por ICBF para priorizar la atención de la población más vulnerable que cumple con los criterios de focalización (Memorando S-2017-695079-0101), teniendo en cuenta que, una vez se cuente con disponibilidad de cobertura serán asignados a las EAS que operan los servicios de primera infancia.

Por otra parte, sostuvo que la presente acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que si el juez consideraba que lo que existía era un incumplimiento a un fallo judicial proferido por la Corte Constitucional, los accionantes contaban con otro mecanismo procesal para reclamar tal situación.

Finalmente la entidad accionada resaltó que ha adelantado acciones para incluir dentro de la oferta institucional a madres gestantes, lactantes, niñas y niños de las comunidades accionantes a través de la acción rápida de las unidades móviles, allegando como prueba de ello los informes al respecto, sin que los mismos fueran tenidos en cuenta, por lo que recordó que la sentencia T-302 de 2017 emitió ordenes al ICBF en su papel de órgano rector del sistema de bienestar familiar, sin que tampoco se valorara ese hecho.

II. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia

Esta corporación es competente para conocer la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela dictados por los jueces administrativos de este distrito judicial, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Sala decidir si confirma, revoca o modifica el fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha, y para ello se debe determinar si ¿es procedente la acción de tutela para lograr la protección de los derechos fundamentales invocados por las comunidades indígenas accionantes?

De responderse afirmativamente el anterior cuestionamiento, la Sala deberá establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha vulnerado los derechos fundamentales de las comunidades indígenas Hairrainmaru, Tankamana, Alemasain, Parroujamana, Mannajuyaii, Makii, Amushishou, Julouliyapu, por el presunto incumplimiento de sus competencias al no implementar la modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas y rurales – Unidades Comunitarias de Atención UCA.

2.3 Tesis

La tesis del tribunal consiste en afirmar que se debe confirmar la sentencia de tutela de fecha 10 de febrero de 2021, por medio de la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Riohacha resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

2.4.1. Generalidades sobre la acción de tutela.

Según el artículo 86 de la Carta Política de Colombia, toda persona podrá “(...) *reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...).*”

Es doctrina constitucional decantada que el amparo constitucional inmediato de derechos fundamentales es subsidiario en cuanto sólo procede cuando (i) no existan otros medios de defensa judicial para la protección del derecho amenazado o desconocido; cuando (ii) existiendo esos mecanismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales en el marco del caso concreto, evento en que la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; o cuando (iii) sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable concreto y actual de derechos fundamentales vulnerados o

amenazados, hipótesis en la cual el amparo opera en principio como mecanismo transitorio de protección¹.

2.4.2 De la legitimación en la causa por activa

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política se tiene que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

En consonancia con la norma Superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”

Al respecto la Corte Constitucional² ha señalado lo siguiente:

“En esa línea, la representación de las comunidades indígenas no está ligada a una sola persona en específico, pues busca en esencia la protección de los derechos fundamentales especiales de la comunidad. Por ende, tienen la posibilidad de reclamar la protección de sus garantías constitucionales mediante sus integrantes, representantes, organizaciones u otros:

“i) Debido a que el ejercicio de los derechos constitucionales de las minorías, dadas las condiciones de opresión, explotación y marginalidad que afrontan, debe facilitarse, ii) a causa de que las autoridades están obligadas a integrar a los pueblos indígenas a la nación, asegurándoles la conservación de su autonomía y autodeterminación, y iv) porque el Juez constitucional no puede entorpecer el único procedimiento previsto en el ordenamiento para garantizarles a los pueblos indígenas y tribales la conservación de su derecho fundamental a la diferencia –artículos 7°, 286, 287, 329 y 330 C.P.”.

En estos pueblos, el poder comunitario es apropiado por las autoridades tradicionales como el Gobernador y los Cabildos indígenas que llevan el mando de acuerdo a la tradición. El Gobernador preside el Cabildo, los cuales son entidades públicas elegidas y reconocidas por los miembros de la colectividad; estos representan a su grupo étnico con funciones atribuidas por la ley, sus usos y costumbres. En esa medida, la Corte Constitucional en la Sentencia T-294 de 2014 consideró cumplido este requisito al determinar que:

“La tutela fue interpuesta por las autoridades de la comunidad indígena de Venado, perteneciente a la etnia Zenú e integrante del Cabildo Mayor del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento, como consta en el acta de

¹ Sentencia T-275 de 2012, en esa misma línea y frente a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos ver sentencia T – 030 de 2015.

² **Sentencia T-063/19.** Referencia: Expediente T-6.529.317 Demandante: Comunidad Indígena Andoque de Aduche (Puerto Santander - Amazonas) Demandados: Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros Magistrado Sustanciador: ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

posesión de los integrantes del Cabildo, donde se acredita que para el período comprendido entre el primero (1) de enero de dos mil once (2011) y el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil doce (2012), las personas que aparecen como accionantes fueron elegidas integrantes de la Junta Directiva del Cabildo”.

En el presente caso, la acción de tutela fue presentada en favor de la comunidad indígena Andoque ubicada en los Resguardos de Aduche (situado en el municipio de Puerto Santander -Departamento de Amazonas- y Solano –Departamento de Caquetá) y Predio Putumayo (situado en el municipio de Leticia -Departamento de Amazonas- y Puerto Leguizamo –Departamento de Putumayo). Sin embargo, esta Sala de Revisión únicamente considera cumplido el requisito de legitimación por activa para representar a la comunidad indígena Andoque de Aduche, ubicada en Puerto Santander (Departamento de Amazonas), debido a que no se allegó prueba que permita demostrar que el señor Milciades Andoque Andoque representa también a la comunidad ubicada en el Resguardo Predio Putumayo, a pesar de que se solicitó insistentemente la correspondiente certificación tanto por el Tribunal de Instancia, como por la Sala de Revisión en el vigente proceso constitucional”.

2.4.3 Carácter subsidiario de la acción de tutela

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo se puede acudir a ella *i)* cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o *ii)* cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer la acción preferente en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución política consagra el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se trata de una condición de procedibilidad del mecanismo concebido para la adecuada y eficaz protección de los derechos fundamentales. En desarrollo del artículo 86 superior, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

La Corte Constitucional ha tratado la subsidiariedad de la acción de tutela en los siguientes términos:

“Desde sus primeros pronunciamientos, refiriéndose al carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Corte explicó:

*“... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a*

circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable entendido éste último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6º del Decreto 2591 de 1991).

Así, pues, la tutela no puede converger con vías judiciales diversas por cuanto no es un mecanismo que sea factible de elegir según la discrecionalidad del interesado, para esquivar el que de modo específico ha regulado la ley; no se da la concurrencia entre éste y la acción de tutela porque siempre prevalece -con la excepción dicha- la acción ordinaria.¹⁹¹ (Subraya la Sala)²⁰¹.

4.2. Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial **que resulten idóneos y eficaces** para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

4.3. La jurisprudencia unánime, pacífica y reiterada de la Corte ha precisado que en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, se presentan algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela.

La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”²¹¹.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado²²¹.

4.4. En cuanto a la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la sentencia SU-961 de 1999 indicó que en cada caso, el juez de tutela debe

evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos el operador judicial puede conceder el amparo de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

Igualmente, la sentencia T-230 de 2013 indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo judicial ordinario no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario; y (iii) el derecho fundamental involucrado.

4.5. En suma, la acción judicial ordinaria es considerada idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es eficaz cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados. Así, la idoneidad del mecanismo judicial ordinario implica que éste brinda un remedio integral para la protección de los derechos amenazados o vulnerados, mientras que su eficacia supone que es lo suficientemente expedita para atender dicha situación”³.

En suma, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el examen de procedencia de la tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como sería el caso de las comunidades indígenas y los demás grupos étnicamente diferenciados, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo.

2.4.4 Del derecho a la salud

Actualmente, el derecho a la salud es un derecho fundamental, mandato contenido en el artículo 2º de la Ley 1751 de 2015 en los siguientes términos:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar respecto al tema, lo siguiente:

6.5.1.2. El control previo de constitucionalidad a esa ley se ejerció a través de la Sentencia C-313 de 2014. Cabe mencionar que esta Ley establece la obligación del Estado de garantizar la disponibilidad de los servicios de salud para toda la población en el territorio nacional, especialmente para las zonas marginadas o de baja densidad poblacional. Igualmente establece que el Estado debe adoptar medidas razonables y eficaces, progresivas y continuas para que los habitantes

³ **Sentencia C-132/18.** Referencia: Expediente D-12713 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6º, numeral 5 del Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Actor: Alfonso Fernando Atahualpa Carrillo Velásquez Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

de las zonas dispersas accedan oportunamente a los servicios de salud que requieran con necesidad.

6.5.1.3. Al respecto, la Corte consideró que estos deberes son la materialización del principio de universalidad, el cual exige que el Estado preste los servicios de salud a todos los habitantes del territorio nacional. De esa forma, las medidas que se tomen para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud deben estar encaminadas a buscar la universalidad del aseguramiento y la posibilidad de que todos los beneficiarios del sistema general puedan gozar de los servicios oportunos en todas las partes del país. Lo mismo debe leerse a la luz del principio de accesibilidad, el cual señala que los servicios de salud deben estar “al alcance geográfico de toda la población, en especial en los sectores más vulnerables y marginados (minorías étnicas, indígenas, personas con discapacidad, enfermos graves, personas mayores, entre otros)”.

6.5.1.4. Debe la Sala indicar que, si bien es cierto que durante la última década del siglo pasado la fundamentalidad y la justiciabilidad del derecho a la salud fue objeto de debate en términos generales, lo que respecta específicamente a la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños y las niñas nunca ha fue objeto de debate. En efecto, como la Constitución Política afirma expresamente en su artículo 44 “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social [...]”. Este mandato constitucional ha permitido que la Corte en su jurisprudencia haya considerado, sin debate, que el derecho a la salud debe entenderse como fundamental y autónomo, en relación con los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial protección constitucional. La Corte ha establecido que la protección a los niños es mayor, pues para asegurar su desarrollo armónico e integral se debe garantizar el acceso a los servicios de salud que requiera. Al respecto, precisó que el principio del interés superior del menor exige reconocer de forma prevalente sus derechos:

“el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice ‘el desarrollo normal y sano’ del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad. Subrayó la Corte que ese interés superior del niño corresponde a un concepto relacional, pues parte de hipótesis en las cuales existen intereses en conflicto ‘cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor’.”

6.5.1.5. Con base en ello, la acción de tutela siempre ha sido considerada como un mecanismo judicial procedente para exigir la protección del derecho a la salud de los niños y niñas. Al respecto la Corte ha establecido que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños y niñas que autoriza su protección por vía de tutela, exige: (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada, y (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización. De la misma forma, en su jurisprudencia más reciente la Corte ha mantenido esta posición y ha resaltado que el derecho a la salud de los niños y niñas debe ser garantizado de forma inmediata, prioritaria,

preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud⁴.

2.4.5 Del derecho a la alimentación

La Constitución Política reglamenta el derecho a la alimentación en sus artículos 43 y 44, y en desarrollo de éstos la Corte Constitucional ha señalado que:

6.4.1.5. Las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la alimentación y la seguridad alimentaria son los mismos que para todo derecho humano. La primera, se dirige al deber de adoptar medidas para lograr progresivamente el acceso mínimo de alimentos esenciales suficientes y nutritivamente adecuados para proteger a las personas del hambre. La segunda obligación es la de respetar, la cual implica que los Estados no tomen medidas de ningún tipo que tengan como resultado impedir el acceso libre y adecuado a la alimentación. La tercera obligación, es la de proteger, la cual requiere adoptar medidas para velar que los particulares o empresas no priven a las personas del acceso a los alimentos. La cuarta obligación es de realizar o facilitar, según la cual “el Estado debe procurar iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, incluida la seguridad alimentaria”. La quinta obligación es la de hacer efectivo el derecho, es decir, que cuando un individuo o grupo de población sea incapaz de autoabastecerse por sus propios medios por distintas razones, los Estados tienen la obligación de realizar o hacer efectivo ese derecho de forma directa. De manera que algunas obligaciones implican acciones inmediatas y otras a largo plazo, sin embargo, el Comité aclara cuándo se incurre en una violación al derecho a la alimentación adecuada:

“El Pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones. En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.”

6.4.1.6. El cumplimiento de estas obligaciones, según el Comité, exige aprobar una estrategia nacional que garantice la seguridad alimentaria y la nutrición, con observancia de los derechos humanos, objetivos y la formulación de políticas e indicadores correspondientes. Además, deben preverse recursos disponibles para cumplir los objetivos formulados y establecer la forma más eficaz de aprovecharlos teniendo en cuenta los costos.

6.4.1.7. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación ha afirmado que es “el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el

⁴ Sentencia T-302- de 2017. Referencia: Expediente T-5.697.370 Acción de tutela interpuesta por Elson Rafael Rodríguez Beltrán contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Departamento Administrativo de Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Superintendencia Nacional de Salud, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, el Departamento de La Guajira y los municipios de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao. Magistrado Ponente: AQUILES ARRIETA GÓMEZ Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”.

6.4.1.8. El derecho a la seguridad alimentaria implica el derecho de consumir comida saludable que cumpla con los estándares de nutrición adecuados. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura –FAO–, junto con la Organización Mundial de la Salud, en el marco de la segunda conferencia internacional de nutrición en el año 2014, emitió la Declaración de Roma sobre Nutrición. Este documento, además de reconocer las innumerables causas de la malnutrición en la población mundial, reconoce que los cambios climáticos y ambientales tienen un impacto en la dieta de las personas. Establece que la seguridad alimentaria y la nutrición se han visto afectados por los impactos del cambio climático, en particular, sobre la cantidad, calidad y diversidad de la comida producida.

6.4.1.9. En el caso concreto de los pueblos indígenas, la relación especial que tienen con el territorio donde se asientan, no solo se dirige a proteger el lugar de sus ancestros y su pueblo, sino también el lugar que los alimenta a través de sus siembras y cultivos tradicionales. La FAO ha establecido que la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas no se limita a satisfacer sus necesidades básicas, sino que se deben considerar sus dimensiones culturales. Así, el componente de la aceptabilidad cultural del derecho a la alimentación adquiere una verdadera importancia, pues a través de la comida que consumen los miembros de comunidades indígenas, ellos mantienen su identidad y cosmovisión cultural. Lo anterior, también involucra el respeto de la libre determinación de los pueblos indígenas, quienes definen sus propias fuentes de su adecuada alimentación y los medios de producirla. La realización del derecho a la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas implica la observancia de los principios a la participación, no discriminación, responsabilidad, transparencia y dignidad humana. De esa forma, no puede garantizarse como un derecho individual sino colectivo que debe atender como mínimo al cumplimiento de las siguientes obligaciones estatales: (i) el respeto de los derechos a la cultura, libre determinación y territorios y recursos naturales del pueblo indígena, (ii) la protección de las actividades u oficios tradicionales para obtener la comida y (iii) el deber de proveer la comida mínima esencial acorde con la dieta y la cultura del pueblo indígena.

6.4.1.10. Con base en lo anterior, cuando el Estado adopta medidas para garantizar el derecho a la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas, no puede ignorar que los valores culturales son transversales a los hábitos alimenticios, y por tanto deberá entablar espacios de diálogo con las comunidades indígenas involucradas con el fin de que los planes y programas que se implementen sean respetuosos de sus prácticas tradicionales y su alimentación. (...)

6.4.1.23. Con base en la jurisprudencia descrita, la seguridad alimentaria de los niños y niñas del pueblo Wayúu debe ser garantizada por el Estado a través de las distintas políticas, tanto a nivel nacional como local. De la misma manera, tal como se mencionó en estas consideraciones, el derecho a la alimentación de los pueblos indígenas no se limita a asegurarles la seguridad alimentaria, sino que deben tenerse en cuenta sus prácticas tradicionales y los alimentos que acostumbran consumir acordes con sus actividades propias de subsistencia. Así, es relevante que en la implementación de las políticas públicas que pretenden garantizar la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas, se observe con el mayor respeto las tradiciones culturales alimenticias del pueblo Wayúu, pues de nada sirve proveerles alimentos si éstos no son acordes con sus costumbres. El Estado debe fortalecer sus prácticas tradicionales de subsistencia. En ese

sentido, estas acciones deben tener en cuenta las causas que han generado la situación de escasez de alimentos, con el objeto de no caer en políticas asistencialistas sino en soluciones de largo plazo que aseguren a las comunidades la disponibilidad, la accesibilidad y la calidad alimentaria”⁵.

2.4.6 De la declaratoria de estado de cosas inconstitucionales – sentencia T-302 de 2017

El 31 de mayo de 2016, la Sala Civil-Familia–Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, en sentencia de tutela proferida dentro del expediente radicado No. 44-001-22-14-000-2016-00003-00, dispuso amparar los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada y acceso al agua potable de los niños y niñas pertenecientes a la comunidad Wayúu asentada en los municipios de Maicao, **Uribia**, Riohacha y Manaure y como consecuencia de ello ordenó:

“Al señor Presidente de la República, doctor JUAN MANUEL SANTOS CALDERON, en su calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y máxima autoridad administrativa que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, iniciar o continuar, según sea el caso, un plan de acción cuya elaboración, presupuestación, contratación y ejecución deberá adelantarse de manera articulada y coordinada en el plano interinstitucional e intersectorial, nacional y regional, de manera que participen todas las entidades accionadas y las demás que tengan incidencia en la crisis de los derechos fundamentales de los niños y niñas Wayúu. Así mismo, deberá integrarse a esta gestión las autoridades indígenas de los pueblos destinatarios del amparo.

El plan a que se hace mención estará encaminado a:

a) Adoptar las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los niños y niñas de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, en el departamento de la Guajira. En particular, dada la situación de emergencia, adoptar las siguientes medidas específicas:

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 salubre, de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de los niñas y niños;

iii) Adoptar 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 establecer los mecanismos idóneos para la identificación de casos de desnutrición para una intervención inmediata.

b. El incumplimiento de los roles y tareas señalados por la Presidencia de la República a las entidades accionadas dentro del Plan a que se ha hecho referencia, se considerará como desacato al amparo de tutela que se concede mediante la presente sentencia.

⁵ Sentencia T-302- de 2017. Referencia: Expediente T-5.697.370 Acción de tutela interpuesta por Elson Rafael Rodríguez Beltrán contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Departamento Administrativo de Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Superintendencia Nacional de Salud, la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, el Departamento de La Guajira y los municipios de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao. Magistrado Ponente: AQUILES ARRIETA GÓMEZ Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

c. En el mismo término antes indicado, bajo la coordinación de la Presidencia de la República y la participación de todas las entidades accionadas se ordena iniciar la creación, adecuación o mejoramiento de un sistema de información interinstitucional e intersectorial que permita a todas las entidades y a los integrantes del SGSSS, alimentar y conocer una base de datos donde conste cuántos y cuáles son los menores pertenecientes a estas comunidades y cuál es su situación individual frente a los riesgos de desnutrición y enfermedades que se han venido exponiendo, así como los decesos a causa de aquellos. En el mismo sentido se propenderá por su identificación y registro, contando en lo posible con sistemas de digitalización de huella o similares, que permitan una depuración del censo de esta población.

2. Respecto del cumplimiento paulatino de las órdenes anteriores se informará mensualmente a la Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo para que ejerzan la vigilancia del caso de acuerdo a sus competencias”.

La anterior decisión fue objeto de impugnación, la cual fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, mediante sentencia de fecha veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016), Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco, en el sentido de **modificar** la decisión impugnada, para en su lugar ordenar lo siguiente:

***"PRIMERO:** La orden dispuesta en el numeral segundo (2º) de la parte resolutive, lo es con destino de la Presidencia de la República, que será la entidad encargada de coordinar las gestiones y esfuerzos que se requieran para solventar la crisis humanitaria acaecida en el departamento de La Guajira, misma que habrá de rendir mensualmente un reporte de las gestiones adelantadas a la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, sin perjuicio de los informes que se han de remitir a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación.*

***SEGUNDO:** El lapso otorgado para acatar las precisas disposiciones aquí impuestas, esto es, que se efectúe por parte de la Presidencia de la República un organigrama con tiempos razonables y reales, dando una fijación de plazos claros y detallados para la materialización de cada uno de los instalamentos que corresponda adoptar en tomo a la satisfacción de las principales áreas de cobertura que son menester, o sea, desnutrición, salud y falta de acceso al agua potable y salubre de los niños y niñas Wayúu, será de quince (15) días computados a partir de la data de su notificación, según aquí se consideró. ...”*

La Corte Constitucional en la sentencia **T- 302 de 2017** confirmó la anterior decisión y declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Departamento de La Guajira tras constatar una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los niños y niñas del pueblo wayúu en materia de agua, salud, y alimentación. Mediante esta decisión, la Corte ordenó adelantar las medidas necesarias para la constitución de un Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas para la superación del estado de cosas inconstitucional constatado, el cual debe estar integrado por las autoridades a cargo de ejecutar las políticas públicas. En esa oportunidad dispuso:

*“(…) **TERCERO. - ORDENAR** que se tomen las medidas adecuadas y necesarias para constituir un Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación de las Políticas Públicas para la superación del estado de cosas inconstitucional constatado, teniendo en cuenta para ello los apartados (9.2) y (9.3) de las consideraciones de esta providencia. El mecanismo deberá realizar las tareas*

previstas en el apartado (9.3) y estará dirigido a: (i) garantizar los derechos de los niños y niñas del pueblo Wayúu al agua, a la alimentación, a la salud, a la igualdad y a la diversidad cultural. (ii) Cumplir las cuatro condiciones establecidas en el punto resolutivo décimo para la superación del estado de cosas inconstitucional. Y (iii) cumplir los objetivos mínimos constitucionales que se establecen en el punto resolutivo cuarto de esta sentencia. Para este efecto la Sala **ORDENA** a la Presidencia de la República, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, al Departamento de La Guajira y a los municipios de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao, que cumplan los objetivos mínimos constitucionales señalados en el punto resolutivo cuarto, de acuerdo con sus competencias legales y constitucionales, en el marco del Mecanismo Especial creado de acuerdo con el apartado (9.2), en los términos y en los plazos señalados en el apartado (9.3) de las consideraciones de esta providencia, con el fin de superar el estado de cosas inconstitucional declarado en esta sentencia. (...)

CUARTO.- ADOPTAR los siguientes objetivos constitucionales mínimos, los cuales deberán ser cumplidos por medio de las acciones que establezcan las entidades públicas en el marco del Mecanismo Especial, en los términos y plazos señalados en el apartado 9 de las consideraciones, y cuyas metas serán medidas de acuerdo con los indicadores que se establezcan en el marco del Mecanismo Especial: (1) aumentar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua, (2) mejorar los programas de atención alimentaria y aumentar la cobertura de los de seguridad alimentaria, (3) aumentar y mejorar las medidas inmediatas y urgentes en materia de salud a cargo del Gobierno Nacional; formular e implementar una política de salud para La Guajira que permita asegurar el goce efectivo del derecho a la salud para todo el pueblo Wayúu, (4) mejorar la movilidad de las comunidades Wayúu que residen en zonas rurales dispersas, (5) mejorar la información disponible para la toma de decisiones por todas las autoridades competentes para realizar acciones tendientes a la superación del estado de cosas inconstitucional, (6) garantizar la imparcialidad y la transparencia en la asignación de beneficios y en la selección de contratistas, (7) garantizar la sostenibilidad de todas las intervenciones estatales y (8) garantizar un diálogo genuino con las autoridades legítimas del pueblo Wayúu.

QUINTO. - Las entidades estatales a través del Mecanismo Especial de Seguimiento y Evaluación, deberán considerar al menos las medidas formuladas en cada uno de los objetivos dispuestos en los considerandos 9.4.1., 9.4.2., 9.4.3., 9.4.4., 9.4.5., 9.4.6., 9.4.7. y 9.4.8., en conjunto con el Anexo IV de la presente providencia. Estas medidas deberán ser implementadas a través de las entidades vinculadas en el proceso de la referencia en conjunto con otras entidades a quienes se les convocará al proceso de cumplimiento. De la misma forma, **ORDENAR** a todas las entidades vinculadas por esta sentencia que en la ejecución de las acciones que hagan parte del plan o los planes para la superación del estado de cosas inconstitucional, se realicen las consultas previas a que haya lugar, sin perjuicio de la regla que protege el interés superior del menor en caso de acciones urgentes.

SEXTO. - **ORDENAR** a la Defensoría del Pueblo que realice un seguimiento y acompañamiento permanente de la construcción y ejecución del o los planes que se formulen de acuerdo con esta sentencia, para lo cual deberá ejercer todas las facultades constitucionales y legales con las que cuenta la entidad. Igualmente **ORDENAR** a la Defensoría del Pueblo que evalúe semestralmente el progreso del plan o los planes que formulen las entidades vinculadas por esta sentencia, con destino a la Procuraduría General de la Nación. Los indicadores,

*las acciones y los plazos deberán ser conocidos por la Procuraduría General de la Nación, previo concepto de la Defensoría del Pueblo. Por su parte, la Procuraduría General de la Nación deberá pronunciarse sobre los reportes semestrales remitidos por la Defensoría del Pueblo y deberá formular las recomendaciones que considere conducentes para el cumplimiento de los objetivos constitucionales mínimos establecidos en el punto resolutivo cuarto de esta sentencia. Igualmente, **DISPONER** que los desacuerdos entre la Procuraduría General de la Nación y las entidades públicas serán resueltos por el procedimiento creado por las mismas entidades en el marco del Mecanismo Especial de Seguimiento, y subsidiariamente, por el Tribunal Superior de Riohacha en ejercicio de la competencia otorgada por el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991. Los incidentes de desacato, en todo caso, son competencia del juez de primera instancia.*

(...)

OCTAVO. - DISPONER que el Tribunal Superior de Riohacha mantendrá las competencias previstas en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, relacionadas con la supervisión del cumplimiento de la sentencia y los eventuales incidentes de desacato. En todo caso, la Corte Constitucional se reserva la posibilidad de asumir la competencia para asegurar el cumplimiento total o parcial de esta sentencia.

(...)

DÉCIMO. - DISPONER que para que se entienda superado el estado de cosas inconstitucional, al menos deberán alcanzar los mínimos niveles de dignidad en los indicadores básicos de nutrición infantil, en los términos establecidos en esta sentencia (9.1.4.4 al 9.1.4.6.) A saber;

1. *El indicador de tasa de mortalidad por desnutrición en menores de 5 años para el Departamento de La Guajira, alcanzar la meta establecida en el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, o alcanzar el nivel promedio del país.*
2. *El indicador de prevalencia de desnutrición crónica en menores de 5 años para el Departamento de La Guajira, alcanzar la meta establecida en el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, o alcanzar el nivel promedio del país.*
3. *El indicador de prevalencia de desnutrición global en menores de 5 años para el Departamento de La Guajira, alcanzar la meta establecida en el Plan Nacional de Seguridad Alimentaria y Nutricional, o alcanzar el nivel promedio del país.*
4. *La prevalencia de desnutrición aguda en el Departamento de La Guajira alcance la meta establecida en el marco del mecanismo especial de seguimiento que se pondrá en marcha de acuerdo con el punto resolutivo cuarto de esta sentencia, o alcance el nivel promedio del país.”*

2.5. Del caso concreto

2.5.1. Relación probatoria

Revisado el expediente se observa que reposa el siguiente material probatorio:

- Copia del acta de posesión del señor José Clemente Uriana como autoridad tradicional de la comunidad indígena AIRRAINMARU. (fl.15)

- Copia de la repuesta emitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- regional La Guajira, a la solicitud de fecha de 11 de mayo de 2020. (fl. 19-21)
- Copia del acta de registro del señor Silverio López Epiayu como autoridad tradicional de la comunidad indígena Tankamana, expedida por la Secretaría de asuntos indígenas municipales del Departamento de La Guajira. (fl. 23)
- Copia de fotografías y registros civiles de los menores pertenecientes a las comunidades indígenas accionantes. (fls. 160-222, 252-391, 496 – 516 y 672-691)
- Copia del acta de posesión de la señora Marilay Margarita Epieyu como autoridad indígena de la comunidad Julouliyapu. (Fl. 245)
- Copia del acta de posesión de la señora Diana María Palmar como autoridad de la comunidad indígena Mannajuyali. (Fl. 247)
- Copia de la respuesta emitida el 28 de enero de 2021 por la Alcaldía del Municipio de Uribia al requerimiento realizado por el Juzgado de primera instancia en cuanto a las gestiones realizadas para la atención de las comunidades accionantes. (fl. 444-447)
- Reporte individualizado de las personas pertenecientes a las comunidades indígenas accionantes, atendidos por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. (Fl. 551-571)
- Copia del acta de registro de la señora Alicia Segunda Ipuana como autoridad de la comunidad indígena Alemasain. (Fl. 671)
- Informe situacional de atención a la población indígena Wayúu de las comunidades indígenas accionantes. (Fl. 750-772)

2.5.2. Solución a la causa constitucional

Descendiendo al caso concreto, se tiene que Alicia Segunda Ipuana, Venancio Jusayu, Diana María Palmar, Memeya González, Celina María Epiayu, Marilay Margarita Epieyu en sus calidades de autoridades tradicionales indígenas de las comunidades de Hairrainmaru –Sector Taroa- , Tankama –Sector Wimpeshi- Alemasain-Sector Cardón-, Parroujamana -Sector Cardon-, Mannajuyaii -Sector Wimpeshi-, Makii -Sector Flor del Paraíso-, Amushishou -Sector Jonjoncito, Julouliyapu -Sector Taparajin-, respectivamente, presentaron acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- en procura de que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, seguridad alimentaria, igualdad, dignidad humana, salud, educación, integridad personal, diversidad étnica y cultural, autonomía, participación

y la autodeterminación, y en consecuencia se ordene a la accionada a que garanticen la implementación del programa “modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas – Unidades étnicas de atención (UCA) en nuestras comunidades, suministrando una efectiva atención médica y nutricional fehaciente, integral, permanente e indefinida con un enfoque diferencial en el que incluyan a los menores y adolescentes de las comunidades accionantes.

Al desatar el trámite constitucional en primera instancia consideró el a quo que, debido a que las pretensiones de las dos acciones de tutela acumuladas procuraban la protección de los niños, niñas y madres gestantes de las comunidades indígenas asentadas en el Municipio de Uribia, era plausible concluir que son beneficiarias de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la Sentencia T302- de 2017, así como de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2015.

Sostuvo además que, no se desconoce que con posterioridad a la sentencia T-302 de 2017 de la Corte Constitucional se han suscitado cambios normativos con ocasión de la expedición de los decretos legislativos expedidos por el presidente de la república bajo la emergencia sanitaria, que implicaban disminución en la atención presencial de los entes estatales, no obstante tal situación no era suficiente para expedir una orden concreta más allá de las proferidas por la Corte Constitucional en la referida providencia, pues si bien la emergencia sanitaria provocó hechos nuevos y posteriores, también lo es que las consecuencias afectan de forma homogénea y general la prestación de los servicios de alimentación y salud a las poblaciones indígenas, y no solo a las accionantes.

En contra de la anterior decisión, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentó impugnación en la que argumentó que se ha garantizado la implementación de la modalidad propia e intercultural para comunidades étnicas y rurales – Unidades Comunitarias de Atención UCA, suministrando una efectiva atención médica y nutricional integral y permanente con enfoque diferencial, tal y como se observa de las cifras aportadas en los informes allegados al plenario.

A su vez, señaló que la vinculación de los niños y niñas de las comunidades accionantes a los programas de la institución, a partir de la microfocalización realizada, depende de las solicitudes de demanda espontánea de atención deben ser ingresadas en el formulario de espera, ya que como autoridades que conocen el territorio, deben garantizar el registro de cada uno de los potenciales usuarios en dicho formulario, pues ese es el mecanismo autorizado por ICBF para priorizar la atención de la población más vulnerable que cumple con los criterios de focalización (Memorando S-2017-695079-0101), teniendo en cuenta que, una vez se cuente con disponibilidad de cobertura serán asignados a las EAS que operan los servicios de primera infancia.

Finalmente alegó que la presente acción constitucional no cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que si el juez consideraba que lo que existía era un incumplimiento a un fallo judicial proferido por la Corte Constitucional, los accionantes contaban con otro mecanismo procesal para reclamar tal situación.

En primer término, en cuanto a la legitimación en la causa por activa, la Sala estima que tal requisito se encuentra acreditado en el presente asunto, ello por cuanto en el plenario obran a los folios relacionados en el acápite de pruebas, las diferentes actas de registro o de posesión de las autoridades indígenas que acuden en la acción de tutela en representación de sus comunidades indígenas.

Seguidamente, conviene dilucidar la procedencia de la acción de tutela desde la perspectiva de la subsidiariedad de la misma, mas aun, cuando es uno de los argumentos de la impugnación desatada mediante la presente providencia; por ello, este Tribunal estima acertado lo decidido por la juez de primera instancia, debido a que, de los escritos de tutela, no se evidencia que lo que pretendan los accionantes es el cumplimiento de la Sentencia T302- de 2017, pues si fuera el caso, lo que procedería es el incidente de desacato reglado en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, por el contrario, lo que pretenden los accionantes es que con ocasión a los supuestos facticos particulares y posteriores a la providencia emitida, se les garantice la implementación de los programas de atención a sus menores, en procura de la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Por lo anterior, y acatando lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional citado en el marco normativo de la presente providencia, el análisis del requisito de subsidiariedad de la tutela debe flexibilizarse en los casos en los que se discutan derechos fundamentales de comunidades indígenas, aunado a que, claramente cualquier mecanismos ordinarios dispuesto en el ordenamiento jurídico se tornaría ineficaz para la protección de los derechos fundamentales deprecados, lo que impone concluir que acción constitucional de la referencia es procedente.

En cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales invocados por los accionantes, esta Sala estima que de las pruebas obrantes en el expediente y aportados por la accionada y por las vinculadas, no se infiere que las mismas hayan cumplido a cabalidad sus competencias, y hayan desplegado las acciones necesarias para implementar y garantizar la atención continua y efectiva a los integrantes de las comunidades indígenas accionantes, pues sin desconocer las consecuencias que pudo tener la emergencia sanitaria en la que se encuentra inmerso el país, imposibilitando la atención presencial y el seguimiento efectivo de los programas que hayan dispuesto las accionadas para cumplir con sus competencias en cuanto a la atención de las comunidades indígenas, afirmación que encuentra asidero en lo manifestado propiamente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien al rendir el informe requerido por el a quo, señaló que el seguimiento a los integrantes de las comunidades indígenas se ha realizado vía telefónica, lo que sin lugar a dudas no se acompasa con la finalidad de los planes y la rigurosidad con la que debe hacerse el seguimiento teniendo en cuenta la gravedad de la situación en la que se encuentran las comunidades indígenas asentadas en este Departamento, por lo que se ampararan los derechos fundamentales invocados.

Ahora bien, del análisis de las pretensiones de la tutela sub examine, y de lo considerado y decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T – 302 de 2017, este Tribunal estima que existe identidad de objeto entre ambos trámites, de hecho, las órdenes impartidas por el máximo ente de lo constitucional en atención a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales y de los componentes de salud y

Radicación No. 44-001-33-40-002-2021-00014-01 acumulado 44-001-31-05-002-2021-00016-01

alimentación -componentes que igualmente se reclaman en el presente trámite-cobijaron a las comunidades indígenas accionantes, por ello, aun cuando se amparen los derechos fundamentales invocados, esta Sala solo dispondrá ordenes afirmativas, ello por cuanto, tal y como lo dispuso el máximo ente de lo constitucional en la sentencia T- 359 de 2018, al desatar una acción de tutela que guardaba identidad de objeto con la acción constitucional que originó la Sentencia T 302- de 2017 *no es adecuado, en el presente caso, dictar órdenes específicas, pues estas podrían llevar a obstaculizar la coordinación y concurrencia en la adopción de una política concertada con las comunidades, tal como se previó en la providencia T-302 de 2017*, por lo que concluyó que la mejor manera de proteger los derechos fundamentales de los cuales depreca su protección era reiterar las órdenes impartidas en la sentencia 302- de 2017, conclusión que comparte esta Sala, por lo que se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

Lo anterior no es óbice para que se recuerde a la entidad accionada, que si bien se encuentra adecuado cuando se está adoptando la decisión de ampararse en las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia T-302- de 2017, mediante la cual declaró el estado de cosas institucionales, ello no impide que se realicen acciones tendientes a la protección de los derechos fundamentales invocados por las comunidades accionantes previa implementación de los planes o políticas públicas que se originen producto de la mencionada sentencia de la Corte, ello en atención al principio de efectividad y en procura del amparo de los sujetos de especial protección accionantes en el presente trámite.

Finalmente en cuanto a la solicitud de vinculación de la Regional La Guajira realizada por el agente del Ministerio Publico ante el juzgado de primera instancia, la Sala comparte la decisión adoptada por el a quo en el sentido de negarla, ello por cuanto, la litis constitucional fue integrada en debida forma desde la admisión de la misma por las autoridades sobre las cuales recae el deber legal de acción y acompañamiento, tal y como lo estimó la Corte Constitucional en la sentencia T-302- de 2017.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha 10 de febrero de 2021, por medio de la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Riohacha resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por los accionantes, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: COMUNICAR por secretaría la presente decisión a las partes y al juzgado de origen.

TERCERO: REMITIR a la mayor brevedad posible el expediente electrónico a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el sistema Siglo XXI - TYBA.

Radicación No. 44-001-33-40-002-2021-00014-01 acumulado 44-001-31-05-002-2021-00016-01

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y HÁGANSE LAS
DESANOTACIONES PERTINENTES**

La presente providencia fue discutida en sesión virtual realizada conforme a la convocatoria, concluida su deliberación y efectuados los ajustes sugeridos en la sala se recibió votación en el correo institucional despacho 001; en señal de ello lleva la firma electrónica de la ponente y la respectiva nota en la antefirma de las demás integrantes de la sala de decisión.

**Firmada electrónicamente
CARMEN CECILIA PLATA JIMÉNEZ
Magistrada ponente**

**Voto favorable
HIRINA DEL ROSARIO MEZA RHÉNAL
Magistrada**

**voto favorable con aclaración
MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA
Magistrada**

Firmado Por:

CARMEN CECILIA PLATA JIMENEZ

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 ADMINISTRATIVO MIXTO DE LA CIUDAD DE RIOHACHA-LA GUAJIRA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **1940f94fc667202516a149d5fe3913c01594addf9183da140fa861c09dce15a6**

Documento generado en 12/03/2021 12:31:00 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**