

R-354

MP Cristina Pardo Schlesinger

R-354

MP Cristina Pardo Schlesinger

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA

C-521/2023

Ref.: Expediente RE-354

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1272 del 31 de julio de 2023, «[p]or medio del cual se crea una transferencia no condicionada para atender a las familias con niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira y se toman otras medidas que permiten la atención integral de esta población en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»

Magistrada sustanciadora:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, especialmente de las previstas en el numeral 7° del artículo 241 y el párrafo del artículo 215 de la Constitución Política, una vez cumplidos los trámites y requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Remisión del decreto y trámite preliminar

1. El presidente de la República expidió el Decreto Legislativo 1085 del dos (2) de julio de 2023, «[p]or el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira».

2. Mediante comunicación electrónica del primero (1º) de agosto de 2023, la secretaría jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Corte copia auténtica del Decreto Legislativo 1272 del treinta y uno (31) de julio de 2023, «[p]or medio del cual se crea una transferencia no condicionada para atender a las familias con niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira y se toman otras medidas que permiten la atención integral de esta población, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica».

3. El dos (2) de agosto de 2023, la procuradora general de la Nación, Margarita Cabello Blanco, manifestó impedimento para rendir concepto en los expedientes RE-347, RE-348, RE-349, RE-350, RE-351, RE-352, RE-353, RE-354, RE-355, RE-356, RE-357, RE-358, RE-359 y RE-360; uno de los cuales corresponde al de la referencia.

4. El tres (3) de agosto de 2023, la secretaría general de la Corte envió el expediente digital del Decreto Legislativo 1272 de 2023 al despacho de la magistrada ponente, Cristina Pardo Schlesinger, para su trámite y sustanciación. Ese mismo día, la magistrada manifestó su impedimento para tramitar, participar y decidir los decretos legislativos emitidos en virtud del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira que declaró el Decreto Legislativo 1085 de 2023. Al ser sometido a consideración de los demás magistrados y de conformidad con lo normado por los artículos 25 y 26 del Decreto Legislativo 2067 de 1991, el impedimento de la magistrada ponente fue declarado infundado.

5. Mediante Auto del ocho (8) de agosto de 2023, la magistrada ponente asumió el conocimiento del asunto de la referencia. Así, se comunicó del proceso al presidente de la República, al presidente del Congreso, a los ministros de Hacienda y Crédito Público, de Salud y Protección Social, de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Igualdad y Equidad y al

ICBF; se decretaron unas pruebas; se convocó a algunas entidades académicas para que se pronunciaran sobre la constitucionalidad del decreto de la referencia y se dispuso la fijación en lista del proceso una vez venciera el término probatorio y se allegaran las pruebas decretadas. También se ordenó que, una vez venciera el término de fijación en lista, se le corriera traslado del proceso a la procuradora general de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

6. Poco después, mediante Auto del veintidós (22) de agosto de 2023, el despacho sustanciador decretó otras pruebas dirigidas al profesor Weildler Antonio Guerra Curvelo, de la división de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad del Norte; al departamento de Antropología de la facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes; al departamento de Antropología de la facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH.

7. Luego, a través de Auto 2009 del 24 de agosto 2023, la Sala Plena dispuso declarar infundado el impedimento presentado por la procuradora general de la Nación para pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto de la referencia.

8. Posteriormente, mediante Auto del veinte (20) de octubre de 2023, tras manifestar que, aunque la totalidad de las pruebas decretadas aún no habían sido allegadas, la magistrada ponente señaló que ya contaba con los suficientes elementos de juicio para que, luego de que la procuradora general de la Nación emitiera el concepto de su competencia, pudiera presentar el proyecto de sentencia correspondiente. En ese orden, el despacho sustanciador resolvió: (i) continuar con el trámite del proceso; (ii) fijarlo en lista por el término de cinco (5) días, para los fines previstos por el artículo 242.1 de la Constitución y 37 del Decreto 2067 de 1991 y (iii) una vez vencido el término de fijación en lista, correrle traslado a la procuradora general de la Nación, por el término de diez (10) días, para que rindiera el concepto de su competencia.

9. Una vez cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, la Corte procede a decidir sobre la exequibilidad de la norma objeto de control.

II. TEXTO DEL DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN

10. El texto del Decreto Legislativo 1272 del treinta y uno (31) de julio de 2023, objeto de la

presente providencia, es el siguiente:

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL

DECRETO LEGISLATIVO N. 1272

Por medio del cual se crea una transferencia no condicionada para atender a las familias con niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira y se toman otras medidas que permiten la atención integral de esta población. (sic) en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución política, y los artículos 46 y 47 de la Ley 137 de 1994 y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 1085 del 2 de julio de 2023 «Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira» y

CONSIDERANDO

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución política, el presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Que, según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el presidente, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y podrán, en forma transitoria establecer nuevos tributos o modificar los existentes.

Que mediante el Decreto 1085 del 02 de julio de 2023 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la Emergencia Social, Económica y Ecológica que afecta a esa región, por causa de la grave crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional en Sentencia T-302 del 8 de mayo de 2017, y que se estructura, fundamentalmente en la falta de acceso a servicios básicos vitales, materializada en causas múltiples, tales como: i) la escasez de agua potable para el consumo humano; ii) la crisis alimentaria por dificultades para el acceso físico y económico a los alimentos; iii) los efectos del cambio climático acentuado por los climas cálido desértico y cálido árido que predominan en el territorio y que viene afectando profundamente las fuentes de agua; iv) la crisis energética y la falta de infraestructura eléctrica idónea y adecuada, en especial en las zonas rurales, a pesar de que la Guajira cuenta con el más alto potencial para la generación de energía eólica y solar del país; v) la baja cobertura para el acceso a los servicios de salud, en especial en zonas rurales; vi) la baja cobertura en el sector de educación, con altos índices de deserción escolar, infraestructura de baja calidad y malas condiciones laborales para los educadores; situaciones que son más notorias en la zona rural, en donde las comunidades indígenas atienden clases en condiciones precarias, vii) así como otros problemas de orden social, económicos y políticos que inciden en la situación de emergencia humanitaria y que se describen en el presente decreto.

Que en el Decreto 1085 del 02 de julio de 2023 se precisó que la grave crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucional que afecta al departamento de La Guajira se ha venido agravado de forma inusitada e irresistible, adquiriendo dimensiones insospechadas que a futuro y corto plazo se muestran aún más desastrosas, además de los factores descritos, por los efectos dañinos del fenómeno del Niño cuyas condiciones ya están presentes en Colombia y que se espera que se fortalezcan e intensifiquen gradualmente hasta el invierno del hemisferio norte 2023-24.

Que en el citado decreto se puso de presente que, para enfrentar y superar la grave crisis humanitaria en el departamento de La Guajira e impedir la extensión de sus efectos, se requiere dictar medidas de rango legislativo, entre otros propósitos: (i) para flexibilizar los procedimientos y criterios legales existentes en la legislación ordinaria; (ii) y para hacer modificaciones presupuestales y de orden tributario, con el fin de focalizar los recursos destinados a ese propósito y garantizar su ejecución.

Que, entre los distintos hechos que dieron lugar a la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira, el Decreto 1085 del 02 de julio de 2023 señaló los siguientes:

“Que la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en Sentencia T 302 del 8 de mayo de 2017, notificada a la Presidencia de la República el 28 de junio de 2018, declaró “(...) la existencia de un estado de cosas inconstitucional en relación con el goce efectivo de los derechos fundamentales a la alimentación, a la salud, al agua potable y a la participación de los niños y niñas del pueblo Wayuu, antes (sic) el incumplimiento de los parámetros mínimos constitucionales aplicables a las políticas públicas del Gobierno Nacional, del Departamento de La Guajira, de los municipios de Riohacha, Manaure, Maicao y Uribía y de las autoridades indígenas con jurisdicción en esos municipios.”

[...] Que el Ministerio de Salud y Protección Social determinó que frente al comportamiento de la mortalidad en niños y niñas menores de cinco años en el departamento de La Guajira, se mantienen desde el 2017 tasas de mortalidad por Desnutrición, Infección Respiratoria Aguda y Enfermedad Diarreica Aguda en menores de cinco años por encima de la tasa nacional, siendo en promedio 8 veces más alta para desnutrición, 3 veces más alta para Infección Respiratoria Aguda y 6 veces más alta para Enfermedad Diarreica Aguda.

Que el análisis de la carga de mortalidad en menores de cinco años para el periodo 2017-2022 muestra que del total de muertes por desnutrición que se presentaron en el país (n=1935), el 22,5% (n=435) ocurrió en el departamento de La Guajira. Con respecto a Infección Respiratoria Aguda (IRA) del total de muertes en el país (n=2.862) el 7,5% (n=216) se presentó en La Guajira y para Enfermedad Diarreica de las 1.052 muertes del país, en La Guajira ocurrieron 178 muertes que equivale al 16,9%.

Tabla 3. Defunciones y tasas de mortalidad en menores de cinco años por Desnutrición, Infección Respiratoria Aguda y Enfermedad Diarreica Aguda 2017 -2022*

Fecha de elaboración: 21 de junio de 2023

Fuente 2017 - 2021: Consultado en bodega de datos del SISPRO – Estadísticas vitales. Datos oficiales

Fuente 2022*: Consultado en bodega de datos del SISPRO-Estadísticas vitales. Datos preliminares

Tasa de mortalidad calculada por 100.000 menores de 5 años

DANE: Proyecciones de población a nivel nacional. Periodo 1950 - 2019

DANE: Proyecciones de población a nivel nacional. Periodo 2020 - 2070.

Que el análisis a la semana epidemiológica 23, para el periodo 2017-2023, muestra que el departamento de La Guajira registra valores por encima del nivel nacional y aumento en las tasas de mortalidad por desnutrición para los años 2022 y 2023 en comparación con los años anteriores de la serie, así como aumento para el último año en la mortalidad por EDA. (Tabla 4).

Tabla 4. Defunciones y tasas de mortalidad en menores de cinco años por IRA, EDA Y DNT, La Guajira y Colombia a semana epidemiológica 23 2017 -2023

Evento Casos

2017

2018

2019

2020

2022

2023

Casos

Tasa

Casos

Tasa

Casos

Tasa

Casos

Tasa

Casos

Tasa

Casos

Tasa

Casos

Tasa

Mortalidad por desnutrición

Colombia

107

284

95

249

84

216

75

195

79

207

15

404

86

232

La Guajira

21

200

25

232

13

117

20

179

19

169

37

332

28

253

Mortalidad por

Infección respiratoria

aguda

Colombia

228

606

617

207

533

160

415

128

335

151

401

68

184

La Guajira

14

133

10

102

23

208

21

188

12

107

20

179

14

126

Mortalidad por enfermedad

diarreica Aguda

Colombia

61

55

144

101

260

65

169

56

146

37

098

36

097

La Guajira

10

953

4

372

24

217

18

161

9

805

7

629

8

724

Fuente: Instituto Nacional de Salud. Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública – SIVIGILA 2017 – 2023 con corte a semana epidemiológica 23. Los datos de 2023 corresponden a información preliminar y está sujeta a cambios. Fecha de elaboración 21 de junio de 2023.

(...)

Que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, indicó que, en el departamento de La Guajira, se estima una población de 1.038.397 habitantes para 2023 de acuerdo con la proyección poblacional del DANE (2023), de los cuales se cuenta con 396.511 niños, niñas y adolescentes que representan el 38,2% del total de la población. Por curso de vida los niños y las niñas entre 0 y 5 años ascienden al 33% de la población de niñas, niños y adolescentes; los de 6 a 13 representan el 46%, y los adolescentes el 21 %.

Que adicionalmente el ICBF señala que, a partir de los censos aportados por las comunidades, se identificaron 21.328 registros de niños y niñas, de los cuales, 9.363 están siendo atendidos por el ICBF o por el Ministerio de Educación Nacional. De los 11.965 restantes, mediante la búsqueda activa de Unidades Móviles del ICBF se ha logrado verificar y ubicar a 2.454 niños y niñas sin atención, entre los que se encontraron 309 con riesgo de desnutrición o desnutrición aguda, respecto de los que se iniciaron las acciones necesarias para su vinculación a servicios de nutrición y de primera infancia, previa concertación con las comunidades. Continúan en búsqueda 9.511 niños y niñas reportados en los censos [...]

Que, de acuerdo con lo expuesto en el documento con radicado No. 20231040000016095 del 23 de junio de 2023, elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), se ha constatado que para junio de 2023 persisten las muertes de niños y niñas menores de 5

años por causas asociadas a la desnutrición en el departamento de La Guajira. Además, se ha corroborado que existe una tendencia hacia el aumento de la tasa de mortalidad por desnutrición en esta población y así como un riesgo de desnutrición o desnutrición aguda, que generan una situación grave e insostenible en detrimento del interés superior de los niños y niñas en La Guajira.

Que los efectos que se derivan de las circunstancias que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, afectan los derechos fundamentales contenidos en el artículo 44 de la Constitución política, especialmente el derecho a la alimentación, la salud y la vida digna de los niños y niñas en primera infancia y las madres gestantes en el departamento de La Guajira, por lo que se requiere adoptar medidas excepcionales con el fin de brindar apoyos económicos a la población más desprotegida que contribuyan a la mitigación de dicha problemática.

Que, según el artículo 44 de la Constitución política, los niños tienen derecho a una especial protección, lo cual implica: (i) el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos de los niños y niñas; (ii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iii) la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los niños y niñas; (iv) la garantía de desarrollo integral de los niños y niñas; y (v) la prevalencia del interés superior de los niños y niñas. (Sentencia C-569 de 2016).

Que, por su parte, el Estado colombiano se ha comprometido a proteger de manera especial a los niños y niñas. Dentro de tales compromisos se encuentra: (i) la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento jurídico por medio de la ley 12 de 1991, la cual señala en su artículo 3 numeral 2 el deber general de protección, en virtud del cual «[l]os Estados Partes [sic] se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley». Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incorporado al ordenamiento jurídico por medio de la ley 74 de 1968 dispone en su artículo 24 que todo niño tiene derecho «[...] a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado». A su vez la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorporada al ordenamiento jurídico por medio de la ley 16 de 1972 establece en su artículo 19 que «[t]odo 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».

Que la Corte Constitucional ha reconocido la protección especial de las niñas, niños y adolescentes y la prevalencia de sus derechos. Así lo indicó en sentencia de unificación SU 180 del 26 de mayo de 2022, al indicar que:

[...] 197. La protección especial de las niñas, niños y adolescentes en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales se justifica (i) en la necesidad de garantizar su dignidad humana, en virtud de la cual debe reconocérseles como sujetos autónomos de derechos,[188] y (ii) en su “particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención” .[189] Así pues, la Constitución reconoce el carácter fundamental de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia sobre los derechos de los demás miembros de la sociedad, e impone a la familia, a la sociedad y el Estado la obligación de protegerlos y asistirlos con el fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el efectivo ejercicio de sus derechos.[190] 1/198. El primer llamado a responder por las necesidades de los niños, niñas y adolescentes es su mismo entorno familiar, sin embargo, en los casos en los que este no tiene las capacidades para asegurar el goce efectivo de sus derechos, la sociedad y el Estado tienen la responsabilidad de proveer los medios para que cese ese adicional “estado de vulnerabilidad”. [191] 1/ 199. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional en aplicación del mandato de protección especial de las niñas, niños y adolescentes reiteradamente los ha reconocido como sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual significa que “la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna” .[192] Así, esta especial protección constitucional exige considerar, en cada caso, principios más específicos como el principio de no discriminación, y el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

[...] 201. Por su parte, el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes[196] implica reconocer en favor de las niñas, niños y adolescentes “un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral”,[197] lo cual significa que todas las medidas que les conciernan, “deben atender a éste sobre otras consideraciones y derechos”. [198] Lo anterior, “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada [niño], que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la

sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal” .[199] /1 202. Para determinar lo que el interés superior de cada niña, niño y adolescente demanda en cada caso, la Corte Constitucional ha señalado que deben evaluarse: (i) las consideraciones fácticas, es decir las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y (ii) las consideraciones jurídicas, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil.[200]

(...) 205. Así, entonces, en el ordenamiento jurídico colombiano, tanto la Constitución como la Ley, dan una protección especial y prevalente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes en atención a que se trata de sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en una situación objetiva de indefensión, Esa protección especial, exige del Estado, entre otros: (i) guiar sus actuaciones y tomar decisiones dando prevalencia a sus derechos y en atención a las exigencias que, en cada caso, demanda el interés superior del niño, para lo cual debe evaluar las condiciones fácticas y jurídicas específicas; (ii) identificar a los grupos de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situaciones especiales de vulnerabilidad, para implementar medidas que les ayuden a superar las barreras estructurales que les impiden disfrutar plenamente de sus derechos; y, (iii) tomar todas las medidas que sean necesarias para proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los casos en los que la familia no tiene las capacidades o se rehúsa a hacerlo, pues estos deben protegidos, en todos los casos, del abandono físico y emocional [...].

Que, según lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución política:

[...] la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades, La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada».

Que, de conformidad con el numeral 3° del artículo 4 de la ley 2244 de 2022 «Por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se dictan otras disposiciones o “Ley De Parto Digno, Respetado y Humanizado”», todas las mujeres en proceso de gestación, trabajo de parto, parto, pos parto, duelo gestacional y perinatal tienen los siguientes derechos: «3. A ser considerada como sujeto de

derechos y de protección especial, en los procesos de gestación, trabajo de parto, parto, posparto y duelo gestacional y perinatal de modo que se garantice su participación en dichos procesos, atendiendo su condición de salud».

Que, a su turno, la Corte Constitucional en Sentencia SU-075 de 2018 resalta:

De este modo, la protección de la mujer durante el embarazo también responde al valor que la Constitución le confiere a la vida en gestación, para lo cual contempla una protección específica y diferenciable de aquella que se otorga al derecho a la vida. Con todo, no puede perderse de vista que, como fue establecido en la Sentencia C-355 de 2006, ‘a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales’,

Así mismo, la Sentencia SU-070 de 2013 señaló que ‘la protección especial de la mujer en estado de gravidez deriva de los preceptos constitucionales que califican a la vida como un valor fundante del ordenamiento constitucional, especialmente el Preámbulo y los artículos 11 y 44 de la Carta Política. La vida, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, es un bien jurídico de máxima relevancia. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestadora de la vida que es [...]

Que, en este sentido, la madre gestante es sujeto de especial protección y resulta ajustado a la Constitución velar por su adecuada protección y así velar por la efectiva satisfacción de sus derechos fundamentales, máxime si se tiene en cuenta que la nutrición y alimentación de las madres gestantes es determinante en la disminución del riesgo asociado al retraso del crecimiento intrauterino, de mortalidad perinatal y de bajo peso de los niños y niñas al nacer.

Que el programa de Protección Social al Adulto Mayor -Colombia Mayor, fue creado a partir de la Ley 797 de 2003, como parte de las reformas a las disposiciones establecidas en el libro IV de la Ley 100 de 1993, con el objetivo de aumentar la protección a los adultos mayores, por medio de la entrega de una transferencia monetaria no condicionada, para aquellas personas mayores que se encuentran desamparadas, que no cuentan con una pensión, viven en la indigencia o en situación de extrema pobreza.

Que, el Decreto Legislativo 812 de 2020 «Por el cual se crea el Registro Social de Hogares y

la Plataforma de Transferencias Monetarias y se dictan otras disposiciones para atender las necesidades de los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad económica en todo el territorio nacional dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica», vigente a partir del 4 de junio de 2020 determinó que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social es la entidad responsable de administrar y operar el programa de Protección Social al Adulto Mayor -Colombia Mayor.

Que la Ley 1532 de 2012 «Por medio de la cual se adoptan unas medidas de política y se regula el funcionamiento del Programa Familias en Acción», señala en su artículo 1° que, El programa Familias en Acción desarrollará sus acciones bajo la dirección y coordinación del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, entidad encargada de regular, ejecutar, vigilar y realizar el respectivo seguimiento de las acciones, planes y mecanismos implementados, en el marco de este programa».

Que, por su parte, el artículo 4º de la citada norma, modificado por el artículo 4 de la Ley 1948 de 2019 determina los beneficiarios del programa Familias en Acción, en los siguientes términos:

4 Serán beneficiarios de las transferencias monetarias condicionadas del Programa Familias en Acción:

I. Las familias en situación de pobreza y pobreza extrema, de acuerdo con los criterios establecidos por el Gobierno nacional a través del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en concordancia con lo establecido en los artículos 10, 20 y 30 de la presente ley;

II. Las familias víctimas de desplazamiento forzado en situación de pobreza y pobreza extrema;

III. Las familias indígenas en situación de pobreza y pobreza extrema de acuerdo con procesos de concertación y focalización establecidos por el programa;

Que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social por medio de la Resolución No. 1970 del 21 de noviembre de 2012, adoptó el programa Jóvenes en Acción. Al respecto indicó en el artículo 10 que, «[...] como un programa del Gobierno Nacional dirigido a jóvenes

bachilleres en condición de pobreza y vulnerabilidad que busca mejorar sus capacidades, competencias, habilidades y destrezas para el trabajo, a través de una transferencia condicionada que incentive la formación de capital humano, el incremento de la empleabilidad y mejorar la calidad de vida».

Que el artículo 21 de la Ley 2010 del 27 de diciembre de 2019 «Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones» estableció una compensación a favor de la población más vulnerable para generar mayor equidad en el sistema del impuesto sobre las ventas -IVA, representada en una suma fija en pesos definida por el Gobierno nacional teniendo en cuenta el IVA que en promedio pagan los hogares de menores ingresos, la cual será transferida bimestralmente.

Que el párrafo 2 del artículo 5 del Decreto Legislativo 812 de 2020 estableció que a partir de su entrada en vigencia la compensación del impuesto sobre las ventas -IVA será ejecutado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Que el artículo 67 de la Ley 2294 de 2023 «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 «Colombia Potencia Mundial De La Vida» creó el programa «Hambre Cero», en los siguientes términos:

“ARTICULO 67. CREACIÓN DE LA TRANSFERENCIA «HAMBRE CERO». Créase la transferencia “hambre cero” que hará parte del Sistema de Transferencias, la cual estará a cargo del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, quien lo reglamentará, la cual consiste en la transferencia de recursos, para garantizar el derecho humano a la alimentación de la población en pobreza y en extrema pobreza y vulnerabilidad, con enfoque de género y derechos, soberanía alimentaria, priorizando la participación de la economía popular, comunitaria y solidaria, la agricultura campesina, familiar y comunitaria en los diferentes mecanismos que se desarrollen para el cumplimiento de las transferencias.

Los recursos para la ejecución de esta transferencia deberán estar de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gasto de Mediano Plazo.

PARÁGRAFO. Cuando la atención sea colectiva, la transferencia se realizará a través de las organizaciones comunitarias legalmente constituidas».

Que, para ser parte de Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana», las familias deben surtir el proceso de focalización conforme a los instrumentos definidos en la normatividad vigente y realizar la inscripción en las jornadas que habilite el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Por lo tanto, se limita la atención inmediata requerida en el departamento de La Guajira para entregar recursos a familias con niños y niñas en primera infancia en situación de desnutrición o riesgo de desnutrición que no estén vinculadas al programa o para aquellas que, estando vinculadas, no reciben transferencia por no poder cumplir con los compromisos en salud.

Que tal y como se advierte en la normatividad mencionada, en la actualidad el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social cuenta con cuatro (4) programas de transferencias monetarias en operación a nivel nacional: Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana», Jóvenes en Acción, Colombia Mayor y Compensación de IVA y de estos programas, solo Familias en Acción (Tránsito a Renta Ciudadana) tiene como objeto la atención de niños, niñas y adolescentes, por medio de la entrega de transferencias monetarias condicionadas al cumplimiento de compromisos en salud y educación con el fin de contribuir a la superación de pobreza y la formación de capital humano.

Que, por su parte, el programa Hambre Cero es un esfuerzo desde el Gobierno nacional como un programa de transferencia en especie para garantizar a la población en pobreza y pobreza extrema el derecho humano a la alimentación cuya implementación tiene la potencialidad de coadyuvar de forma estructural a disminuir los índices de malnutrición y desnutrición en el territorio nacional, en general, y en consecuencia en el departamento de La Guajira, en particular, no obstante, a la fecha el programa se encuentra en etapa de regulación y la eventual operación y ejecución iniciará con posterioridad al término de vigencia de la declaratoria de emergencia del Decreto 1085 de 2023.

Que, en este sentido, se hace necesario adoptar medidas de carácter extraordinario que permitan crear, implementar, controlar y verificar transferencias no condicionadas distintas a las vigentes en Prosperidad Social, para atender a los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu en el departamento de La Guajira. De esta

manera, se quiere contribuir a mitigar la grave violación de los derechos fundamentales de los niños y niñas en primera infancia y de las madres gestantes en el departamento de La Guajira, en cumplimiento de las órdenes consagradas en la Constitución política, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Que el Decreto 1085 del 2 de julio de 2023, y con el fin de superar la emergencia, incluyó como medidas:

Que, se hace necesario adoptar medidas de carácter legal que permitan crear, implementar, controlar y verificar transferencias no condicionadas distintas a las vigentes en Prosperidad Social, para atender a las familias con niños y niñas en primera infancia, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo. Para ello, se considera justificado y proporcional que la entidad cuente temporalmente con el fundamento jurídico y la base presupuestal que permita la entrega del recurso a estas familias para facilitar el acceso a una canasta básica de alimentos, concurriendo de esta manera a mitigar la grave violación de los derechos fundamentales de los niños y niñas en primera infancia del departamento de La Guajira.

Que por las anteriores motivaciones y ante la insuficiencia de las atribuciones ordinarias del Gobierno Nacional, se requiere hacer frente a las circunstancias imprevistas y detonantes del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira, lo que obliga a adoptar medidas extraordinarias adicionales con fuerza de ley.

Que la Corte Constitucional en Sentencia C-042 de 2006 definió los subsidios como:

[...] un instrumento económico en virtud del cual el Estado procura que toda la población, en particular la de menores recursos, tenga acceso a los servicios públicos para satisfacer sus necesidades básicas, dando aplicación al principio de solidaridad previsto en los artículos 1°. y 95, numeral 9°, de la Constitución Política, los cuales son acordes con lo establecido en el artículo 365 superior, según el cual los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, quien a su vez tiene el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Que, además, el Alto Tribunal Constitucional ha presentado las siguientes consideraciones

frente a los subsidios:

La prohibición de otorgar auxilios admite, no sólo la excepción a que se refiere el segundo aparte del artículo 355 Superior, sino las que surgen de todos aquéllos supuestos que la misma Constitución autoriza, como desarrollo de los deberes y finalidades sociales del Estado con el fin de conseguir el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población del país. Estos criterios responden a la concepción del Estado Social de Derecho, el cual tiene como objetivo esencial “promover la prosperidad general, facilitar la participación, garantizar los principios y deberes consagrados a nivel constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias, derechos y libertades. (...)” (Sentencia C-159 de 1998).

[...] Adicionalmente, las ayudas o apoyos entregados a particulares sin contraprestación económica deben perseguir la satisfacción de una necesidad constitucional clara, expresa, suficiente e imperiosa. Esto, naturalmente, debe estar expuesto en la norma que autoriza tal asignación. Finalmente, cuando se trata de la entrega de recursos públicos en desarrollo de las políticas sociales o económicas del Estado, las condiciones y procedimientos utilizados deben tener fundamento en claros referentes legales que aseguren que, tanto en su diseño como en su aplicación, esta política de asignaciones no afectará el principio de igualdad. Para ello, los procedimientos deben ser claros y transparentes, deben contener criterios objetivos y razonables y establecer los recursos con los cuales cuentan las personas excluidas para cuestionar tal actuación. (Sentencia C-507 de 2008).

Que, en línea con lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-174 de 2020 dispuso que pese a la prohibición contenida al artículo 355 de la Carta Magna, para el caso de la dispersión de transferencias monetarias no condicionadas es a fin con los principios constitucionales, por las siguientes razones:

[...] Pese al carácter terminante y categórico de esta prohibición, el mismo artículo 355 establece una serie de salvedades expresas a este mandato general y, además, la Carta Política contiene otros principios y reglas cuya observancia exige matizar el alcance de la proscripción constitucional.

Por ello, este tribunal ha considerado que las erogaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado pueden ser constitucionalmente admisibles en distintos

escenarios. Así, siguiendo las directrices del mismo artículo 355, podrían ser válidas cuando se enmarcan dentro de contrataciones “con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes secciones de Desarrollo”. De igual modo, podrían serlo cuando el auxilio o incentivo no constituye un acto de mera liberalidad del Estado y apunta al cumplimiento de deberes constitucionales expresos orientados a garantizar la igualdad material en el marco de la justicia distributiva, o cuando persigue el estímulo de una determinada actividad económica que reporta un beneficio social, en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía. Ello ocurre, por ejemplo, con los subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios, el fomento de la investigación y transferencia de tecnología, la promoción de la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras, la adquisición de predios para los trabajadores agrarios, y la ejecución de proyectos de vivienda social y para la prestación de servicios públicos de salud y educación, todos los cuales tienen una base constitucional clara y directa

[...] En este contexto, la Sala considera que la entrega de recursos monetarios no condicionados en el marco del Programa Ingreso Solidario a las personas y hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad económica no contraviene el artículo 355 de la Carta Política. Lo anterior, en tanto este mecanismo apunta al cumplimiento del deber del Estado de satisfacer el derecho al mínimo vital de los grupos sociales que, en razón de su mayor vulnerabilidad, enfrentan un riesgo concreto, cierto e inminente de no poder satisfacer sus necesidades básicas en el actual contexto en el que, por las medidas de confinamiento decretadas por el gobierno nacional, no es posible adelantar las actividades económicas que permiten la subsistencia. Así pues, el referido programa apunta a la materialización de mandatos constitucionales expresos orientados a garantizar la igualdad material, en el marco de la justicia distributiva, así como el derecho al mínimo vital.

5.1.3.3, Así las cosas, este tribunal concluye que la iniciativa satisface los juicios de proporcionalidad, no arbitrariedad, de intangibilidad de derechos, de no contradicción específica. Lo anterior, en tanto el programa gubernamental consistente con la naturaleza y la gravedad de la problemática que se pretende enfrentar, no establece una restricción o una limitación al núcleo esencial de los derechos considerados como intangibles, y, por el contrario, apunta a garantizar el derecho al mínimo vital de la población vulnerable, y tampoco desconoce ninguna de las cláusulas especiales establecidas para el estado de

emergencia económica y social, ni, en particular, las relativas a la prohibición de restringir los derechos sociales de los trabajadores o de disponer la parálisis o la suspensión en la actividad estatal.

Que, en consecuencia, las transferencias monetarias materializan los principios y fines del Estado Social de Derecho, y ayudan a proteger los derechos fundamentales, como lo son el derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital de las personas más vulnerables, de manera que se garantice su calidad de sujetos de especial protección constitucional. No obstante, es indispensable que los subsidios atiendan una necesidad constitucional clara, expresa, suficiente e imperiosa, así como que tengan claros referentes legales que garanticen su adecuado diseño e implementación.

Que, la creación de una transferencia monetaria especial y única dirigida, a los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu en el departamento de La Guajira, permitirá coadyuvar de forma inmediata, las carencias que originaron el actual estado de emergencia económica, social y ecológica.

Que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional citada y con el propósito de disminuir el impacto presupuestal de la transferencia monetaria adoptada en el presente decreto, se considera necesario autorizar a las entidades financieras de Economía mixta del orden nacional, la prestación gratuita del servicio de dispersión, pago y demás costos asociados a la misma.

Que, adicionalmente, se buscará vincular de manera inmediata, prioritaria y permanente a esta población vulnerable a la oferta social del estado, mediante la suspensión transitoria del requisito de inscripción y la verificación de compromisos de corresponsabilidad del programa familias en acción hasta el 31 de diciembre de 2023, lo cual permitirá integrar a las familias que reciban la transferencia no condicionada prevista en este decreto, a la operación del programa y su participación en los componentes complementarios del mismo.

Que, como medida complementaria, se ordenará la identificación prioritaria de los beneficiarios de la transferencia monetaria especial, en el programa renta ciudadana que implementará el gobierno nacional de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo, garantizando así, que esta población sea atendida de forma permanente por el Estado Colombiano.

Que el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), conforme al artículos 871, 873 Y 874 del Estatuto Tributario es un impuesto indirecto e instantáneo del orden nacional que se aplica a las transacciones financieras realizadas por los usuarios del sistema, el cual puede reducir el monto final a recibir por los beneficiarios de la transferencia monetaria que crea este decreto.

Que, teniendo en cuenta la condición de vulnerabilidad de los beneficiarios de la transferencia monetaria no condicionada creada mediante el presente decreto, y con el propósito de que puedan hacer uso de la totalidad de los recursos a ellos transferidos, se hace necesaria la exención del Gravamen a los Movimientos Financieros de las operaciones realizadas entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y las entidades financieras, así como las operaciones realizadas entre las entidades financieras y los titulares de los productos financieros asociados a los beneficiarios.

Que, con ocasión de la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Ministerio de Salud y Protección Social iniciaron la construcción de una base de datos, que contiene distintos registros administrativos, tendiente a la identificación de los potenciales beneficiarios de las transferencias no condicionadas, creada mediante el presente decreto.

Que esta base de datos facilitará la identificación de los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu en el departamento de La Guajira.

Que mérito de lo expuesto.

DECRETA

TÍTULO I

TRANSFERENCIAS NO CONDICIONADAS

CAPÍTULO I

OBJETO, BENEFICIARIOS, TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN Y FINANCIACIÓN

ARTÍCULO 1º. TRANSFERENCIA MONETARIA NO CONDICIONADA. Créese una transferencia

monetaria no condicionada, a cargo del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social para atender a los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu en el departamento de La Guajira.

Parágrafo 1. La recepción fraudulenta de las transferencias monetarias no condicionadas de que trata el presente decreto, acarreará las sanciones legales individuales a que hubiere lugar.

Parágrafo 2. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y según los indicadores de eficacia de la transferencia monetaria que se determinen por el administrador de la transferencia de que trata este decreto, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social podrá sustituir o complementar la transferencia monetaria por una transferencia en especie, de conformidad con la reglamentación que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expida y con cargo a los recursos disponibles de la Entidad. En todo caso el valor de los recursos en especie no podrá superar el doble del monto de la transferencia monetaria no condicionado definido en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 2°. POTENCIALES BENEFICIARIOS Y PRIORIZACIÓN. Serán potenciales beneficiarios de las transferencias no condicionadas de que trata el presente título los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu del departamento de la Guajira.

Parágrafo 1. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, determinarán el listado de los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu del departamento de la Guajira que serán beneficiarios de las transferencias monetarias no condicionadas.

Parágrafo 2. El cupo de beneficiarios de las transferencias no condicionadas de que trata este título dependerá de la asignación y priorización de recursos que realice el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, de acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno Nacional.

ARTÍCULO 3°. FUENTES DE INFORMACIÓN. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social tomará como fuente de información de las comunidades wayuu beneficiarios de las transferencias monetarias no condicionadas, aquella que para el efecto

sea determinada en la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 1. En todo caso, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en su calidad de operador y ejecutor de las transferencias no condicionadas, podrá utilizar fuentes adicionales de información certificadas que permitan mejorar la ubicación de las familias que sean identificadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo 2. Las personas que se identifiquen como responsables de los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu del departamento de la Guajira beneficiarios de las transferencias, deberán reportar la información básica de identificación, contacto y localización por medio de los canales de atención físicos y virtuales que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social tenga a su disposición en el departamento de La Guajira.

ARTÍCULO 4°. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN. Las entidades públicas y privadas están autorizadas a recibir y suministrar los datos personales de los que trata la Ley 1581 de 2012 que sean necesarios para la operación y ejecución de las transferencias no condicionadas, hasta el 31 de diciembre de 2023.

Parágrafo 1. Las entidades privadas y públicas receptoras de esta información deberán utilizar los datos e información solo para los fines aquí establecidos y estarán obligadas a adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad, circulación restringida y confidencialidad.

Parágrafo 2. Las entidades públicas y privadas deberán entregar la información que sea solicitada por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, con el fin de operar y ejecutar las transferencias no condicionadas que trata este decreto.

ARTÍCULO 5°. FUENTE DE FINANCIACIÓN. La transferencia monetaria no condicionada de que trata este decreto se ejecutará mediante el proyecto de inversión «implementación de transferencias monetarias no condicionadas para atención de emergencia FIP» código BPIN 20210011000003, para lo cual hará uso de las apropiaciones presupuestales vigentes en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

ARTÍCULO 6°. ORDENACIÓN DEL GASTO-. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social mediante acto administrativo, ordenará la ejecución del gasto y el giro directo a las Cuentas Únicas de Depósito· CUD que señale la entidad financiera que participe en la dispersión de recursos.

CAPÍTULO II

ESQUEMA DE DISPERSIÓN DE LA TRANSFERENCIA MONETARIA NO CONDICIONADA

ARTÍCULO 7°. CONDICIONES, PRODUCTOS Y CANALES PARA LA ENTREGA DE LA TRANSFERENCIA. Las transferencias monetarias no condicionadas de que trata este título se pagarán a través de los mecanismos que defina el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Entre otros, podrá utilizar los sistemas de transferencias de cualquier otro programa administrado por esta entidad.

Parágrafo. Se autoriza a las entidades financieras de economía mixta del orden nacional a prestar el servicio de dispersión y pago de las transferencias monetarias que trata el presente título de manera gratuita.

ARTÍCULO 8°. MONTO DE LA TRANSFERENCIA. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social realizará una transferencia monetaria no condicionada de que trata el presente decreto por valor de quinientos mil (\$500.000) pesos M/Cte, que se entregará a cada una de las familias identificadas como potenciales beneficiarios.

ARTÍCULO 9°. PERIODICIDAD DE LA TRANSFERENCIA. Durante el término de 90 días contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, se realizará el alistamiento de una única transferencia monetaria no condicionada a todos los potenciales beneficiarios. La dispersión y conciliación de las transferencias no condicionadas de que trata el presente título, deberá ejecutarse durante el año 2023.

CAPITULO III

MEDIDAS TRIBUTARIAS E INEMBARGABILIDAD DE LA TRANSFERENCIA MONETARIA NO CONDICIONADA

ARTÍCULO 10°. EXENCIÓN DEL IMPUESTO AL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS.

Durante la vigencia 2023, las transferencias monetarias que trata el presente título estarán exentas del Gravamen a los Movimientos Financieros -GIVIF-, así: a. Las operaciones realizadas entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la entidad financiera encargada de la dispersión de la transferencia monetaria no condicionada por medio de las Cuentas de Depósito (CUD). b. Las operaciones realizadas entre la entidad financiera y los titulares de los productos financieros asociados a los beneficiarios de la transferencia monetaria no condicionada.

Parágrafo 1. Para la exención de que trata el literal b. y durante la vigencia 2023, la entidad financiera no aplicará el gravamen a los movimientos financieros -GMF-, sobre las transferencias monetarias de que trata el presente decreto.

Parágrafo 2. En caso de que el potencial beneficiario en la misma entidad financiera tenga dos o más productos financieros y alguno de ellos se encuentre marcado como exentas del gravamen a los movimientos financieros -GMF-, la dispersión de la transferencia monetaria no condicionada de que trata este decreto se dispersará por el producto marcado.

ARTÍCULO 11°. INEMBARGABILIDAD. Los recursos de las transferencias monetarias no condicionadas de que trata este decreto serán inembargables y no podrán abonarse a ningún tipo de obligación, cuota de manejo o comisión bancaria de cualquier concepto del beneficiario con la entidad financiera a través de la cual se dispersen las transferencias monetarias no condicionadas.

TITULO II

INTEGRACIÓN A LOS PROGRAMAS FAMILIAS EN ACCIÓN «TRÁNSITO A RENTA CIUDADANA» Y RENTA CIUDADANA CAPITULO ÚNICO DISPOSICIONES ESPECIALES

ARTÍCULO 12°. VINCULACIÓN A FAMILIAS EN ACCIÓN «TRÁNSITO A RENTA CIUDADANA», A partir de la entrada en vigencia de este decreto y hasta el 31 de diciembre de 2023, los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayuu en el departamento de La Guajira, serán vinculadas al programa Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana», sin necesidad de efectuar el proceso de inscripción que trata el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 1532 de 2012, ni serán sujeto de los mecanismos de verificación contemplados en el artículo 7 de la Ley 1532 de 2012.

Parágrafo. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social reglamentará las condiciones de entrada de permanencia y de salida de estas familias al programa Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana» a fin de evitar una doble asignación de las transferencias monetarias.

ARTÍCULO 13°. RENTA CIUDADANA. Los beneficiarios de la transferencia no condicionada que trata el título primero del presente decreto serán identificados como potenciales beneficiarios de las transferencias monetarias condicionadas y no condicionadas que integren el programa Renta Ciudadana de que trata el artículo 66 de la Ley 2294 de 2023.

ARTÍCULO 14°-. VIGENCIA. El presente decreto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado a los 31 JUL 2003

EL MINISTRO DEL INTERIOR

Luis Fernando Velasco Chaves

EL MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES

Álvaro Leyva Durán

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Ricardo Bonilla González

EL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

Néstor Iván Osuna Patiño

EL MINISTRO DE DEFENSA

LA MINISTRA DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

Jhenifer María Sindey Mónica Flórez

EL MINISTRO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Guillermo Alfonso Jaramillo Martínez

LA MINISTRA DEL TRABAJO

Gloria Inés Ramírez Ríos

LA MINISTRA DE MINAS Y ENERGÍA

Irene Vélez Torres

EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Darío Germán Umaña Mendoza

LA MINISTRA DE EDUCACIÓN NACIONAL

Aurora Vergara Figueroa

LA MINISTRA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE

María Susana Muhamad González

LA MINISTRA DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO

Martha Catalina Velasco Campuzano

EL MINISTRO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Oscar Mauricio Lizcano Arango

LA MINISTRA DE TRANSPORTE (E)

María Constanza García Alicastro

EL MINISTRO DE CULTURA (E)

Jorge Ignacio Zorro Sánchez

LA MINISTRA DEL DEPORTE

Astrid Bibiana Rodríguez Cortés

LA MINISTRA DE CIENCIA, TECNOLOGIA E INNOVACIÓN

Ángela Yesenia Olaya Requene

LA MINISTRA DE IGUALDAD Y EQUIDAD

Francia Elena Márquez Mina»

11. Mediante escrito presentado el diez (10) de noviembre de 2023, la procuradora general de la Nación rindió el concepto de su competencia y manifestó que, sobre el cuerpo normativo del Decreto Legislativo 1272 de 2023, operó el fenómeno de la inexequibilidad por consecuencia. En fundamento de ello, tras recordar la inexequibilidad parcialmente diferida del Decreto Legislativo 1085 de 2023 que se declaró mediante la Sentencia C-383 de 2023, el Ministerio Público sostuvo que el diferimiento de los efectos del fallo C-383 de 2023 no tiene consecuencias en el control del Decreto 1272 de 2023, toda vez que este último «no regula directamente medidas dirigidas a enfrentar “la escasez del recurso hídrico” como resultado de los eventos climáticos presentes en el departamento de La Guajira”».

Por ende, la procuradora solicitó la inexequibilidad inmediata del Decreto 1272 de 2023 y sostuvo que esta «no afecta las operaciones realizadas a la fecha del fallo, ni deriva en la pérdida de los recursos destinados por la Nación para la población del departamento de La Guajira [...] pues las autoridades nacionales competentes podrán gestionar y realizar las transferencias correspondientes de dichos dineros agotando los trámites presupuestales ordinarios».

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS

IV.I Competencia

12. Por tratarse del control constitucional de un Decreto Legislativo, la Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso con fundamento en los artículos 215 y 241.7 de la Constitución, 55 de la Ley 137 de 1994 (Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, en

adelante LEEE) y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

IV.II Materia objeto de control, problema jurídico y metodología de análisis

13. Mediante el Decreto Legislativo 1085 del dos (2) de julio de 2023, el presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (EESE) en el departamento de La Guajira por el término de 30 días, con el fin de conjurar la crisis humanitaria y el estado de cosas inconstitucional e impedir la propagación de sus efectos en el mencionado departamento. Este decreto fue objeto de control constitucional y, mediante Sentencia C-383 del dos (2) de octubre de 2023, esta Corporación resolvió:

«Primero. Declarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 1085 de 2 de julio de 2023, “[p]or medio del cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira”.

Segundo. Conceder EFECTOS DIFERIDOS a esta decisión por el término de un (1) año, contados a partir de la expedición del Decreto 1085 de 2 de julio de 2023, respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua.

Tercero. Exhortar al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ordinarias, adopten las medidas necesarias para superar la grave crisis humanitaria estructural que existe en el departamento de La Guajira constatada en la Sentencia T-302 de 2017 y, con ello, se garantice la efectividad de los derechos fundamentales de las personas que habitan en esa zona del país. Así mismo, para que fortalezcan las instituciones previstas en el ordenamiento jurídico con competencias en materia de cambio climático y le asignen los recursos que las circunstancias demanden.»

14. La Sala primero relacionará las intervenciones que se presentaron dentro del proceso, que se sintetizarán en el Anexo a esta providencia (i). Luego, teniendo en cuenta la decisión de inexequibilidad que la Corte declaró sobre el decreto legislativo matriz del estado de emergencia (Sentencia C-383 de 2023), la Corte entrará a estudiar si el decreto bajo estudio cumple con el requisito de estricta conexidad externa; y, en caso de que este no se acredite, dejará de lado el análisis de los demás requisitos formales y materiales pues ello sería suficiente para declarar su inexequibilidad por consecuencia (ii). Por el contrario, en caso de que dicho requisito de conexidad externa sea superado, la Corte entrará a estudiar

si el Decreto Legislativo 1272 de 2023 cumple con los demás requisitos materiales formales que condicionan su exequibilidad (iii). Finalmente, previo a resolver sobre su decisión, la Corte hará una síntesis de esta providencia (iv).

V. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

V.I Relación de las intervenciones presentadas dentro del proceso

15. Varias entidades y personas intervinieron dentro del proceso. Así, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y el profesor Weildler Guerra Curvelo respondieron las preguntas que el despacho sustanciador decretó como pruebas. Por otra parte, el Departamento Administrativo de Prosperidad Social (DAPS) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF solicitaron la exequibilidad del Decreto Legislativo 1272 de 2023. Finalmente, el ciudadano Harold Sua Montaña y el área de Familia del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes conceptuaron sobre la inconstitucionalidad del Decreto 1272 de 2023, con ocasión de la inexequibilidad declarada sobre el decreto matriz de la EESE.

V.II Examen del requisito material de conexidad externa del Decreto Legislativo 1272 de 2023

16. Visto lo anterior, es necesario verificar si el Decreto Legislativo 1272 de 2023 cumple con los juicios de conexidad material (externa e interna), motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

17. Sería del caso entrar al análisis conjunto de dichos juicios. Sin embargo, ante la decisión que la Corte tomó en la Sentencia C-383 de 2023, que determinó la inexequibilidad diferida del decreto matriz (Decreto Legislativo 1085 de 2023), la Sala observa que, antes de proceder al estudio de los demás requisitos, debe estudiar si el Decreto 1272 supera el juicio de conexidad material externa entre ambos decretos. Esto por cuanto, si el decreto bajo examen no cumple con dicho este, resultaría inoficioso continuar con el examen de los demás juicios materiales.

18. En línea con lo manifestado, la Sala comienza por recordar que el juicio de conexidad

material se encuentra previsto en el artículo 215 superior y en el inciso 2º del artículo 47 de la LEEE. Sobre este, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, con él «[se] determina si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción». Y que, «[l]a conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia».

20. No obstante, si el decreto matriz de un estado de excepción es declarado pura y simplemente inexecutable, los decretos expedidos para su desarrollo pierden sustento normativo y, por ende, necesariamente deben ser declarados integralmente inexecutables por consecuencia. Justamente, esta Corporación ha señalado que: «[l]a inconstitucionalidad por consecuencia consiste en que la declaración de inexecutable del decreto declaratorio del estado de excepción produce, como efecto obligado, la inexecutable de los decretos legislativos que lo desarrollan. Se trata del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al jefe del Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución. [...]»

21. Ahora bien, la Sala recuerda que en la Sentencia C-383 de 2023 la Corte dispuso declarar inexecutable el Decreto Legislativo 1085 de 2023 -decreto matriz del estado de excepción «[p]or el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el departamento de La Guajira». En sustento de tal decisión, la Corte verificó que el Gobierno (i) «no sustentó adecuadamente por qué los mecanismos ordinarios no resultaban idóneos ni suficientes para responder a la crisis que originó la declaratoria del estado de emergencia en La Guajira»; (ii) «no explicó por qué no hizo uso de la iniciativa legislativa, con mensaje de urgencia, para proponer al Congreso las medidas anunciadas en el Decreto Legislativo 1085 que deben ser adoptadas a través de ley»; y (iii) «[t]ampoco sustentó por qué no resultan idóneas o suficientes las facultades normativas que le confieren los artículos 189, 346, 347 o 56 transitorio de la Constitución, los mecanismos derivados del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, el Fondo Adaptación, o los contemplados en el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Plurianual de Inversiones».

22. No obstante, sin perjuicio de la mencionada inexecutable, en la Sentencia C-383 de

2023, la Sala Plena resolvió diferir los efectos de su decisión por el término de un (1) año, contados a partir de la expedición del Decreto 1085 de 2 de julio de 2023 «respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua». La Corte consideró que este aplazamiento de los efectos de la inexequibilidad se justificó «en atención a la gravedad de la crisis que afronta la población de La Guajira, acentuada por la escasez del recurso hídrico resultado de la conjunción de los eventos climáticos [expuestos en la Sentencia] [...] a fin de no hacer más gravosa la situación humanitaria ante el vacío legislativo que resulta de la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos de desarrollo, lo que permitirá que sus medidas sean examinadas por esta Corte bajo los criterios de estricta necesidad y conexidad, entre otros criterios constitucionales y jurisprudenciales».

23. Visto lo anterior, la Sala advierte que, ni de los considerandos del Decreto Legislativo 1272 ni de sus disposiciones se desprende que la transferencia no condicionada que este prevé esté directamente relacionada con el aliviamiento de la escasa disponibilidad de agua en el departamento de La Guajira. Por el contrario, se trata de una transferencia «que atienda a las familias con niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira», sin especificar que esta esté o deba estar relacionada con el acceso al agua por parte de los sujetos beneficiarios de la misma.

Más aún, de los considerandos y disposiciones del Decreto 1272 no se encuentra una mínima señal que permita concluir que los dineros entregados por virtud de la mencionada transferencia no condicionada deban o tengan que ser destinados por sus beneficiarios o administradores a aliviar la escasez de agua que estos puedan estar sufriendo.

24. Para mayor claridad sobre el anterior particular, la Sala constata la ausencia de conexidad de las disposiciones del decreto en examen, de la siguiente manera:

24.1 Como lo dice su título, el propósito del Decreto Legislativo 1272 de 2023 consiste en crear e implementar una transferencia no condicionada para atender a las familias con niños en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira.

24.2 En desarrollo de dicho propósito, el Decreto 1272 dispone la creación de una transferencia no condicionada para la atención de niños y niñas en primera infancia y/o

madres gestantes, de las comunidades Wayúu, en el departamento de La Guajira. Dicha transferencia, a cargo del DAPS, es en principio monetaria sin perjuicio de que también pueda ser otorgada en especie que la sustituya o complemente. Para el anterior efecto, el Decreto dispone que el DAPS deberá listar a los menores de edad y madres gestantes beneficiarios de dicha transferencia, condicionado su cupo a la asignación y priorización de recursos que haga dicha entidad con arreglo a la reglamentación que, sobre el particular, haga el Gobierno nacional (Artículos 1 y 2).

24.3 El Decreto 1272 también dispone que las fuentes de información sobre las comunidades Wayúu deberán ser tomadas por el DAPS conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional, sin perjuicio de que dicho departamento administrativo pueda acudir a otras fuentes para la adecuada identificación y ubicación de las familias que sean identificadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y el Ministerio de Salud y Protección Social. También se dispone que las personas que se identifiquen como responsables de los menores de edad y madres gestantes beneficiarias de las transferencias «deberán reportar la información básica de identificación, contacto y localización por medio de los canales físicos y virtuales que el DAPS tenga a su disposición en el departamento de La Guajira» (Artículo 3).

24.4 En cuanto a la información personal de que trata la Ley 1581 de 2022, necesaria para la implementación del objeto del Decreto, se dispone que esta puede ser recibida y suministrada por entidades públicas y privadas, hasta el 31 de diciembre de 2023, con destino al DAPS y tomando las medidas necesarias para garantizar su seguridad, circulación restringida y carácter confidencial (Artículo 4).

24.5 Luego, el Decreto menciona que las transferencias monetarias no condicionadas de que este trata serán financiadas mediante un proyecto de inversión nutrido de apropiaciones presupuestales vigentes del DAPS (Artículo 5); entidad esta que mediante acto administrativo ordenará la ejecución del gasto y el giro correspondiente a las Cuentas Únicas de Depósito – CUD que dispongan las entidades que participen en la respectiva dispersión de recursos, autorizando a las de carácter mixto del orden nacional para que presten dicho servicio de manera gratuita (Artículos 6 y 7).

24.6 Posteriormente, el Decreto dispone que las transferencias monetarias no condicionadas

serán realizadas por el DAPS «por valor de quinientos mil (\$500.000) pesos M/Cte, que se entregará a cada una de las familias identificadas como potenciales beneficiarios» (Artículo 8); transferencia que se realizará dentro de los 90 días siguientes a la vigencia del Decreto y por una sola vez a través de dispersión y conciliación ejecutadas durante 2023 (Artículo 9).

24.7 Después, se dispone que, durante la vigencia de 2023, las transferencias monetarias no condicionadas que prevé el Decreto estarán exentas del Gravamen a los Movimientos Financieros – GMF- cuando: (i) correspondan a operaciones entre el DAPS y la entidad financiera encargada de su dispersión; y (ii) correspondan a operaciones entre la entidad financiera y los titulares de los productos financieros asociados a los beneficios de la mencionada transferencia (para lo cual, durante la vigencia de 2023, la respectiva entidad financiera no aplicará dicho gravamen sobre las transferencias de que trata el Decreto). Y ordena que, en todo caso, cuando el beneficiario tenga un producto marcado como exento del GMF en una entidad financiera, la transferencia se dispersará hacia dicho producto (Artículo 10).

24.8 A continuación, el Decreto prevé que los recursos de las transferencias no condicionadas «serán inembargables, no podrán abonarse a ningún tipo de obligación, cuota de manejo o comisión bancaria de cualquier concepto del beneficiario con la entidad financiera a través de la cual se dispersen las transferencias monetarias no condicionadas» (Artículo 11).

24.9 El Decreto pasa a señalar que a partir de su vigencia y hasta el 31 de diciembre de 2023, «los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, de las comunidades Wayúu en el departamento de La Guajira, serán vinculadas (sic) al Programa Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana», sin que para ello deban efectuar la inscripción que señala el parágrafo 1º del artículo 4 de la Ley 1532 de 2012 y sin que puedan ser sujetos de los mecanismos de verificación que prevé el artículo 7 de esa misma ley. Y dispone que, de todos modos, el DAPS reglamentará las condiciones de entrada y permanencia de dichas familias, «a fin de evitar una doble asignación de las transferencias monetarias» (Artículo 12).

24.10 Luego, el Decreto indica que los beneficiarios de las transferencias no condicionadas se identificarán como «potenciales beneficiarios de las transferencias monetarias

condicionadas y no condicionadas que integren el programa Renta Ciudadana de que trata el artículo 66 de la Ley 2294 de 2023» (Artículo 13).

24.11 Finalmente, el Decreto dispone su vigencia a partir de su publicación, la que ocurrió el 31 de julio de 2023.

25. Lo expuesto permite a la Sala concluir que, habiéndose declarado la inexecutable pura y simple del decreto matriz 1085 de 2023 salvo en lo que toca con la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua (cuya inexecutable fue diferida por un (1) año, contado a partir de la expedición del Decreto 1085 2023), más allá de que la conexidad con el acceso al agua deba ser estrecha, el decreto de desarrollo 1272 de 2023 no tiene punto de conexión alguno con la materia objeto de diferimiento y, por ende, debe ser declarado inexecutable por consecuencia; tal como lo advirtió el ciudadano Sua Montaña.

26. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte entiende que, por razones de seguridad jurídica y confianza legítima, las transferencias no condicionadas que hubieren sido efectivamente entregadas a la fecha de la presente sentencia deben gozar de estabilidad y no deben ser reembolsadas al DAPS. En efecto, exigir la devolución de las transferencias no condicionadas que ya se hubieran realizado, además de ser de difícil recaudo, atentaría contra los derechos de quienes, de buena fe, recibieron unos recursos y los destinaron a cubrir sus necesidades de acuerdo con las prioridades que, en cada caso, les hayan asignado sus destinatarios. Por tal razón, salvo en lo que toca con la entrega de dichas transferencias, se dispondrá la inexecutable del Decreto Legislativo 1272 del treinta y uno (31) de julio 2023, con efectos retroactivos a la fecha de su expedición.

V.III Inocuidad del estudio de los demás requisitos materiales y formales del Decreto Legislativo 1272 de 2023

27. Por lo señalado en el numeral V.II supra, verificado el incumplimiento del requisito de conexidad material externa del decreto que ahora ocupa a la Corte, la Sala se abstendrá de efectuar los demás juicios materiales y formales del Decreto Legislativo 1272 de 2023, cuyo estudio resultaría inocuo.

V.IV Síntesis de la sentencia

29. Para ello, la Sala primero recordó que, en ejercicio del control automático de constitucionalidad del Decreto 1085 de 2023 que decretó el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (ESEE)- con base en el cual se expidió el decreto legislativo de desarrollo bajo examen-, mediante Sentencia C-383 de 2023 la Corte resolvió declarar su inexequibilidad con efectos diferidos, «respecto de la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua».

30. Luego, la Sala verificó la absoluta ausencia de conexidad externa entre el decreto matriz de la Emergencia Económica, Social y Ecológica y el decreto examinado, en cuanto a la amenaza de agravamiento de la crisis humanitaria por la menor disponibilidad de agua, que, de haberse comprobado, habría dado lugar al diferimiento de sus efectos siempre y cuando cumpliera con todos los demás requisitos materiales y formales que condicionaban su validez.

31. Por lo anterior, la Corte resolvió declarar la inexequibilidad por consecuencia del Decreto Legislativo 1272 de 2023, con efectos retroactivos generales, salvo en cuanto a las transferencias no condicionadas que hubieren sido efectivamente entregadas a la fecha de la sentencia, que salvaguardó por razones de seguridad jurídica y por el derecho a la confianza legítima en cabeza de sus receptores.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLE por consecuencia, el Decreto Legislativo 1272 del 31 de julio de 2023, con efectos retroactivos, salvo en lo que toca con las transferencias no condicionadas que se hayan efectivamente entregado a la fecha de la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Con salvamento y aclaración de voto

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

Con Salvamento y aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ANEXO

SÍNTESIS DE LAS PRUEBAS E INTERVENCIONES CIUDANAS EN EL TRÁMITE DEL EXPEDIENTE RE-354

32. 32. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

Mediante escrito presentado el 14 de agosto de 2023, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, Vladimir Fernández Andrade, atendió parcialmente el requerimiento del despacho ponente. En efecto, el mencionado funcionario omitió responder lo relativo al sub numeral 3.1 del Auto del ocho (8) de agosto de 2023 pero se pronunció expresamente sobre las preguntas relacionadas en el sub numeral 3.2 de dicha providencia; lo cual hizo de la siguiente manera:

En la primera pregunta, el despacho sustanciador indagó sobre la razón por la cual las transferencias no condicionadas que prevé el artículo 2º del Decreto 1272 se encuentran circunscritas a «los niños y niñas en la primera infancia y/o madres gestantes de las comunidades Wayuu [...]», sin que dichas transferencias también puedan estar destinadas a, como se señala en el título de dicho decreto, todos los niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira, independientemente de si pertenecen o no a las comunidades Wayuu en el departamento de La Guajira.

Al respecto, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República primero sostuvo que las medidas ordinarias en materia de transferencia monetaria, concretamente aquellas de que trata el programa Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana» que prevé la Ley 1532 de 2012, «generan una barrera de entrada a esta oferta social para las familias pertenecientes a las comunidades Wayuu por falta de criterios diferenciales de acuerdo con los presupuestos de autodeterminación, así como las particularidades, usos y costumbres de sus comunidades étnica».

Luego manifestó que «desde la perspectiva constitucional resultan justificadas las medidas que atiendan de forma diferencial a las comunidades indígenas al amparo de los artículos 2, 7, 13, 70 de la Constitución Política, así como el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes aprobado mediante la Ley 21 de 1991». En

este sentido señaló que, dadas las condiciones geográficas, culturales y sociales únicas del departamento de la Guajira, los Wayuu «requieren de la implementación de una medida con un enfoque diferenciado para garantizar su bienestar y desarrollo integral». Más concretamente indicó que los criterios que guían las transferencias del Decreto 1272 responden a que: (i) la diversidad cultural del pueblo Wayuu debe ser respetada y preservada; cuestión que permite «[a]doptar medidas de protección que tengan en cuenta su contexto cultural específico y propenda por la protección de sus niños y niñas contribuye a salvaguardar su identidad y perpetuar su existencia como comunidad»; (ii) la situación geográfica de La Guajira la constituye como «una región con desafíos climáticos y de acceso a recursos básicos por lo cual los niños y niñas Wayuu pueden enfrentar condiciones difíciles en términos de salud, nutrición y educación debido a estas circunstancias climáticas únicas que agudizan la potencialidad de sufrir un perjuicio en sus condiciones de vida que constituyan un perjuicio irremediable»; (iii) existen unas vulnerabilidades específicas pues «[d]ebido a su contexto, los niños y niñas Wayuu pueden estar más expuestos a riesgos como la desnutrición, falta de acceso a servicios de salud y educación, y condiciones de vida precarias [y que] [m]edidas específicas podrían dirigirse a abordar estas vulnerabilidades»; y (iv) con ocasión del derecho a la autodeterminación y autonomía «[e]l reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la autodeterminación y la consulta previa, implica adoptar medidas específicas para garantizar su bienestar y desarrollo».

Continuó señalando que mientras que las transferencias no condicionadas que prevé el Decreto 1272 «constituyen en una acción afirmativa que busca la protección adecuada y respetuosa de la cultura y los derechos de los niños y niñas Wayuu en línea con el principio de igualdad material», las medidas ordinarias que provee el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social «no aplica[n] un enfoque étnico diferencial adecuado y suficiente, lo cual dificulta el ingreso de población étnica a la oferta social del Estado». En sustento de lo anterior hizo una descripción de varios de los programas sociales que ofrece el Estado para distintos grupos sociales marginales (Familias en Acción - Tránsito a Renta Ciudadana, Colombia Mayor, Compensación del IVA y Transferencia Hambre Cero) y señaló que «la mayoría de estos programas sociales plantean como criterio de ingreso la clasificación Sisbén como mecanismo de focalización, lo cual en una medida que entra en tensión con la autodeterminación y autonomía de las comunidades indígenas y su contexto social pues hay factores de tipo cultural, logísticos y metodológicos que dificultan la aplicación de dicha encuesta a los miembros de las comunidades étnicas»; lo cual apoyó en varios extractos

jurisprudenciales sobre la necesidad de aplicar un enfoque diferencial en el deber de protección estatal de las comunidades indígenas. Y concluyó reiterando que «actualmente los programas de transferencias monetarias, comportan barreras de entrada para las comunidades indígenas, en general, y en las comunidades Wayuu, en particular, toda vez que en las condiciones de entrada de cada uno de los programas no atiende criterios diferenciales y presupuestos de autodeterminación éticos para la atención y vinculación de las personas pertenecientes a estas comunidades, en situaciones de emergencia como la declarada mediante el Decreto 1085 de 2023».

En la segunda pregunta, el despacho sustanciador inquirió al Secretario Jurídico de la Presidencia de la República sobre «cómo podrían las entidades públicas y privadas de que trata el artículo 4º del Decreto 1272 de 2023 garantizar la confidencialidad de la información y datos de los que trata la Ley 1581 de 2012, cuando los sujetos pasivos de dicho decreto no autoricen, expresa y/o tácitamente, la divulgación de dicha información y datos».

En desarrollo de su respuesta, se indicó que -en desarrollo del párrafo 1º del artículo 4º del Decreto 1272, las mencionadas entidades podrían atender medidas como el cifrado de datos, el acceso restringido, la autenticación de control de acceso, la auditoría y registro, la formación y sensibilización del personal con acceso a la información sensible, la seguridad física de los equipos y dispositivos de almacenaje de información, la eliminación segura de datos que ya no sean necesarios, el establecimiento de contratos de confidencialidad con las personas que manejan la información y la seguridad de las redes a través de las cuales puede circular esa información. Y se concluyó que «[e]stas medidas combinadas pueden ayudar a garantizar que la información confidencial se mantenga segura y solo esté disponible para las personas autorizadas, conforme lo señalado en los artículos 10 y 13 de la Ley 1581 de 2012 “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, bajo el entendido que serán las entidades públicas y administrativas las que conocerán de los datos».

Finalmente, en la tercera pregunta se indagó si las transferencias condicionadas previstas en el Decreto 1272 se harían para cada menor o madre gestante en estado o riesgo inminente de desnutrición o, por el contrario, a las familias identificadas como potenciales beneficiarios de aquellas; y si el monto de dichas transferencias podría variar si una misma familia posee más de un menor o madre gestante en estado o riesgo inminente de desnutrición.

En desarrollo de su respuesta, el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República señaló que las familias potencialmente beneficiarias de la transferencia que prevé el Decreto 1272 serán aquellas que «pertenezcan a la comunidad Wayuu y residan en uno de los municipios del Departamento de La Guajira» y «tengan al menos un miembro menor de 6 años y/o madre gestante»; y que «la transferencia monetaria se entregará a cada familia con las características arriba descritas, sin importar el número de niños, niñas o madres en gestación que la conformen».

33. Departamento Administrativo para la Prosperidad Social

Mediante escrito presentado el 16 de agosto de 2023, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social le solicitó a la Corte que declarara exequible el Decreto Legislativo 1272 de 2023.

En sustento de su solicitud, el mencionado Departamento Administrativo indicó que el Decreto Legislativo 1272 de 2023 fue expedido con la firma del presidente de la República junto con la de todos los ministros y ministras del despacho, se profirió en vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica (conjurado por medio del Decreto Legislativo 1085 de 2023), se presentaron las motivaciones que llevaron a la expedición del Decreto y sus respectivas medidas tienen el mismo ámbito de aplicación y alcance que el prevé el Decreto Legislativo 1085 de 2023.

Sobre los criterios materiales, la entidad inició su exposición señalando el cumplimiento de los criterios de conexidad interna y externa por parte del decreto sub examine. Sobre la conexidad interna, explicó que el Decreto fundamentó sus motivaciones en cifras presentadas por parte del Ministerio de Salud y Protección Social e indicó que «frente al comportamiento de la mortalidad en niños y niñas menores de cinco años en el departamento de La Guajira, se mantienen desde el 2017 tasas de mortalidad por Desnutrición, Infección Respiratoria Aguda y Enfermedad Diarreica Aguda en menores de cinco años por encima de la tasa nacional, siendo en promedio 8 veces más alta para desnutrición, 3 veces más alta para Infección Respiratoria Aguda y 6 veces más alta para Enfermedad Diarreica Aguda (...)». Indicó también que el Decreto Legislativo es enfático en precisar que «en la actualidad existe una oferta institucional a la que no puede acceder la población objeto de esta medida en tanto no cumplen con los requisitos del orden legal

establecidos para tal fin». A juicio de la entidad interviniente, tales motivaciones tienen una relación con las medidas que establece el Decreto 1272.

Frente de la conexidad externa del Decreto, la entidad manifestó que las medidas del Decreto Legislativo 1272 de 2023 guardan relación con las motivaciones que dieron lugar a la expedición del Decreto Legislativo 1085 de 2023, por medio del cual se declaró el Estado de Emergencia. En tal orden se expuso que en los considerandos del Decreto 1085 se citaron decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)- concretamente la Resolución 60 de 2015 donde se decretaron medidas cautelares en favor de los niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribí, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu asentado en el departamento de La Guajira, las cuales, indicó, fueron ampliadas a las mujeres gestantes y lactantes de las comunidades de los mismos asentamientos del departamento. En consecuencia, la entidad consideró que las medidas del Decreto 1272 tienen una relación directa y específica con los motivos que originaron la declaratoria de la emergencia, en el sentido de que se adoptaron medidas para impedir que se agrave la situación social y ambiental de las comunidades indígenas Wayúu que se ubican en el departamento de La Guajira.

Sobre el criterio de finalidad, la entidad interviniente indicó que las medidas de las transferencias monetarias no condicionadas permiten que la grave situación que atraviesa la comunidad indígena Wayúu «se extiendan al punto de que las familias no puedan garantizar sus necesidades básicas». En relación con la medida de exención al gravamen de movimientos financieros, explicó que precisamente por la condición de vulnerabilidad de la comunidad indígena se pretende el aprovechamiento de la totalidad de los recursos que se transfieran a ellos.

En seguida, la entidad precisó que las medidas del Decreto 1272 son necesarias (criterio de necesidad) para garantizar «una ayuda económica destinada a sujetos de especial protección constitucional para que puedan tener condiciones de vida dignas», apoyadas en la oferta institucional y las posibilidades presupuestales que permiten focalizar recursos a las familias que permiten facilitar el acceso a la canasta básica de alimentos, para así salvaguardar el mínimo vital y la vida en condiciones dignas de las personas que se encuentran en una situación grave de vulnerabilidad.

De igual forma, la entidad precisó que las medidas son proporcionales (criterio de proporcionalidad) pues, mediante la Sentencia C-174 de 2020, la Corte indicó que «[...] las erogaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado pueden ser constitucionalmente admisibles en distintos escenarios [...] De igual modo, podrían serlo cuando el auxilio o incentivo no constituye un acto de mera liberalidad del Estado y apunta al cumplimiento de deberes constitucionales expresos orientados a garantizar la igualdad material en el marco de la justicia distributiva». Añadió que las medidas serán de aplicación inmediata, prioritaria y permanente a la comunidad Wayúu.

Con relación al Criterio de no discriminación, la entidad precisó que las medidas encuentran justificación en su diferenciación en virtud a los artículos 2, 7, 13, 70 de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. A juicio de la entidad, el enfoque diferenciado se rige conforme a los criterios de diversidad cultural, situación geográfica, vulnerabilidades específicas, derecho a la autodeterminación y autonomía, entre otros. Sobre la diversidad cultural, expuso que la comunidad Wayúu «tiene una cultura, lengua y tradiciones propias que deben ser respetadas y preservadas»⁶ por lo que las medidas del Decreto son focalizadas a su contexto cultural específico. En relación con la situación geográfica, indicó que las comunidades Wayúu que se encuentra ubicadas en el departamento de la Guajira enfrentan «desafíos climáticos y acceso a recursos básicos», y que ello tiene un impacto directo en la salud, nutrición y educación de los niños y niñas. Sobre el derecho de autodeterminación y autonomía, la entidad expuso que precisamente en virtud a esta garantía, las medidas adoptadas por el Decreto «constituyen en una acción afirmativa que busca la protección adecuada y respetuosa de la cultura y los derechos de los niños y niñas Wayuu en línea con el principio de igualdad material». Reconoció que las medidas contenidas en el Decreto 2094 de 2016 no gozan de un enfoque étnico para la atención de población pobre y vulnerable, por lo que si bien existen programas dentro de la oferta institucional del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, como el programa de Familias en acción-Tránsito a Renta Ciudadana, se presentan limitaciones en el sentido de que se requiere de la inscripción de los potenciales beneficiarios para vincularse al programa y «los mecanismos de verificación de los compromisos de corresponsabilidad, es decir que, el programa no tiene la flexibilidad suficiente para atender de forma inmediata a la población Wayúu de La Guajira».

Finalmente, para sustentar la exequibilidad del Decreto 1272, la entidad interviniente aclaró

que el este no pretende suspender, modificar o derogar leyes (criterio de motivación de incompatibilidad), así como tampoco contiene medidas dirigidas a afectar derechos fundamentales (criterio de intangibilidad). También anotó que, precisamente, al no realizar afectaciones a garantías fundamentales, no se establecen medidas que puedan afectar el normal funcionamiento de las ramas del poder público, del funcionamiento de las jurisdicciones o incluso tampoco desmejoran o limitan los derechos sociales de los trabajadores. Preciso que las medidas adoptadas introducen modificaciones transitorias para autorizar la entrega del auxilio económico, conforme a lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional sobre la materia, donde citó la sentencia C-174 de 2020 que estableció que «la entrega de recursos monetarios no condicionados en el marco del Programa Ingreso Solidario a las personas y hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad económica no contraviene el artículo 355 de la Carta Política», porque las erogaciones mencionadas son constitucionalmente permitidas siempre y cuando apunten al cumplimiento de los deberes constitucionales que se orienten a garantizar la igualdad material en el marco de la justificación distributiva o porque se «persigue el estímulo de una determinada actividad económica que reporta un beneficio social, en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía».

34. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

A través de escrito presentado el 22 de agosto de 2023, se pronunció el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y también le solicitó a la Corte que declarara exequible el Decreto Legislativo 1272 de 2023.

Para tal efecto, el ICBF enunció las causas por medio de las cuales el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en el Departamento de la Guajira. Posteriormente, se refirió sobre el cumplimiento por parte del Decreto Legislativo 1272 de los requisitos formales y materiales para su expedición.

Luego, en relación con las causas que motivaron la decisión del Gobierno nacional para declarar el Estado de emergencia económica, social y ecológica en el departamento de la Guajira, brevemente se indicó que se presenta escasez de agua potable en el departamento, que existe una «crisis alimentaria por dificultades para el acceso físico y económico a los alimentos»¹¹ y una afectación de las fuentes de agua producto de los efectos del cambio

climáticos en los «climas cálido desértico y cálido árido”».

Después enunció cada uno de los requisitos que debe cumplir el Decreto Legislativo para su expedición. Sobre el criterio de conexidad, el ICBF precisó que existe «una relación directa y específica entre las medidas adoptadas en el decreto y las causas de perturbación (...) que justificaron la declaratoria del Estado de Emergencia», donde el Decreto 1272 guarda relación con el Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023, lo cual denominó conexidad interna. Preciso, puntualmente, sobre la conexidad interna, que la principal medida que establece el Decreto sub examine consiste en «la creación de transferencias monetarias no condicionadas y la vinculación al programa de Familias en Acción «Tránsito a Renta Ciudadana»”¹⁴. Preciso también que ello se sustenta en el hecho de que persisten las muertes relacionadas con desnutrición en mujeres y menores de 5 años, con una tasa que ha venido en aumento. Ahora, en lo atinente a la conexidad externa, se indicó que las medidas del Decreto 1272 guardan relación con la motivación que fue expuesta en el Decreto 1085, cuando se declaró el Estado de Excepción, debido a que la situación climática del fenómeno del Niño puede poner en riesgo y aumentar los casos de desnutrición en la población de niños, niñas y mujeres, por lo que las transferencias monetarias no condicionadas constituyen una medida que ermita atender a la población Wayúu, facilitando el acceso a la canasta básica para mejorar el estado de desnutrición pues se tratade una comunidad indígena que se encuentra especialmente vulnerable frente a la población en general del departamento de La Guajira. Complementó su posición citando algún pronunciamiento jurisprudencial de la Corte sobre la importancia en la creación de medidas afirmativas de discriminación positiva que permita construir una sociedad más justa y equitativa.

Por otra parte, el ICBF expresó que se cumple el requisito de finalidad en el sentido de que las medidas permiten solventar las dificultades económicas de la población Wayúu para acceder a una canasta básica y a una alimentación nutritiva, que permitirá evitar cuadros de desnutrición en la primera infancia que pueden desencadenarse en muertes o en enfermedades asociadas. Aclaró que la finalidad perseguida es constitucionalmente legítima debido a que da cumplimiento al artículo 44 de la Constitución sobre el sobre «el derecho a la alimentación, la salud y la vida digna de los niños y niñas en primera infancia y las madres gestantes en el departamento de La Guajira».

Sobre el criterio de necesidad, la entidad reiteró que las medidas son eficaces para enfrentar

la situación de desnutrición en los niños, niñas, adolescentes y mujeres indígenas de la comunidad Wayúu. Se expuso que, si bien actualmente existen otro tipo de transferencias y programas a cargo del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, estos no permiten una atención inmediata a las comunidades en razón a «los requisitos que se deben cumplir por parte de los posibles beneficiarios»¹⁵ impiden atender de forma urgente a las comunidades.

Sobre el criterio de proporcionalidad, se indicó que las medidas son proporcionales con la gravedad que reviste la situación de desnutrición que se pretende superar en La Guajira con las comunidades indígenas Wayúu, debido a la condición de vulnerabilidad que presentan en especial los niños, niñas y madres estantes de la mencionada comunidad.

De igual forma, el ICBF manifestó que el Decreto Legislativo 1272 de 2023 no suspende ni deroga leyes (criterio de motivación de incompatibilidad) y que las medidas consignadas no propugnan por una discriminación injustificada ni trato diferencias «por razón de la raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica» (Criterio de no discriminación). En cambio, señala que dichas medidas propenden por atender de forma diferencial a las comunidades indígenas para garantizar su bienestar y desarrollo integral. Asimismo, se indicó que las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 1272 no pretenden «una alteración del normal funcionamiento de las ramas del poder público, (...) una modificación o suspensión de las funciones jurisdiccionales de acusación y juzgamiento (iii) o que desmejoren o limiten los derechos a la dignidad humana, intimidad, libertad de asociación, trabajo, educación, libertad de expresión y de todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales; (iv) así como tampoco conlleva desmejoras a los derechos sociales de los trabajadores»¹⁷ (Criterio de ausencia de arbitrariedad).

Finalmente, el ICBF reiteró que no existen contradicciones entre las medidas y la jurisprudencia constitucional que implique la incompatibilidad con las obligaciones en derecho internacional adquiridas por el Estado Colombiano o con los derechos y libertades consagrados en la Constitución (Criterio de intangibilidad); por lo que solicitó que se declare la exequibilidad del Decreto Legislativo objeto de revisión en la presente providencia.

35. Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH)

Mediante escrito presentado el 30 de agosto de 2023, el Instituto Colombiano de

Antropología e Historia (ICANH), dio respuesta a los interrogantes planteados en el auto del 22 de agosto de 2023.

Sobre el primer interrogante, relativo a «las eventuales diferencias, en materia de nutrición» en relación con los niños y niñas de la primera infancia y las mujeres gestantes de la comunidad Wayúu y los mismos sujetos que habiten en el departamento pero que no pertenezcan a la comunidad Wayúu.

Sobre el particular, el ICANH indicó que la población total del departamento de La Guajira, al año 2018, ascendía a 825.364. Por otro lado, conforme al Censo Nacional de Población y Vivienda (CNPV), 636.205 (77%) son personas que se reconocen a sí mismos como miembros de la comunidad Wayúu. Preciso que hay una proyección del DANE que estima que, para el año 2023, actualmente hay una población total 1.015.909 habitantes del departamento, y según cifras del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) hay cerca de 396.511 niños, niñas y adolescentes en el departamento de La Guajira. Expuso que, según el DANE, existen 153.898 niños menores o iguales a la edad de 14 años pertenecientes a la comunidad Wayúu. Para el Instituto, las cifras anteriores y la relación niños/mujer es hasta dos veces mayor en la comunidad Wayúu, por lo que se concluye la importancia de la «priorización de la infancia y la necesidad de atención en salud de los Wayúu».

Sobre la situación de desnutrición y mortalidad infantil en La Guajira, el Instituto expuso que desde el año 2014 al 2023, el departamento ha ocupado del primer al quinto lugar en mayor mortalidad en enfermedad diarreica aguda y desnutrición aguda en menores de 5 años. Indicó que existe una limitación debido a que, en los informes del Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública son nulos los registros sobre «la prevalencia ni los casos de mortalidad de desnutrición y/o enfermedad diarreica específica para la comunidad Wayúu en niños menores de 5 años». Además, informó que en los informes publicados por las Empresas promotoras de Salud (EPS), los reportes de la Encuesta de la Situación Nutricional en Colombia, las cifras del DANE y el Sistema de información del Ministerio de Salud no existen datos relacionados con la desnutrición y mortalidad infantil de los menores de 5 años en la comunidad Wayúu.

El Instituto presentó las cifras del boletín semanal del Instituto Nacional de Salud donde se exponen los casos de muerte por enfermedad diarreica aguda, donde se evidencia que el

departamento ha tenido un diferencial de casos frente al resto del país, los cuales evidencian una alta tasa de eventos sin contar con información discriminada sobre la comunidad Wayúu. Aclaró que, a pesar de que no se cuenta con mucha información que presente cifras en concreto de la comunidad Wayúu, según el informe sobre desnutrición del INS del año 2021, la desnutrición aguda moderada y severa «es más frecuente en la población indígena que reside en La Guajira con un 70,5% (924 casos) de los casos totales en comparación de los habitantes sin pertenencia étnica del mismo departamento». Añadió que en el año 2023 hubo un informe del INS en donde se indicó que la población indígena presenta un mayor porcentaje de casos de desnutrición aguda severa con un 39,9% frente a la población que no pertenece a ninguna comunidad indígena (24,7%); que a su vez existe una menor asistencia para el crecimiento y desarrollo con un 57,5% de las comunidades indígenas frente al 82,2% que representa las comunidades no indígenas. Concluyó que, conforme a estas estadísticas, el pueblo Wayúu es una comunidad más afectada que el resto de las comunidades indígenas, debido a que presenta el 38,5% de los casos.

Explicó que eliminar todas las formas de hambre y desnutrición es una de las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que busca reducir la desnutrición aguda al 0,9%, donde existe actualmente un porcentaje del 1,6%. No obstante, indicó que los municipios de La Guajira superan este índice como Uribia (2,86%), Riohacha (1,97%) y Maicao (1,79%), y como la población que mayoritariamente habita el departamento se reconoce a sí misma como Wayúu, a juicio del Instituto, ameritan la priorización en la atención en salud. Ilustró que el departamento de La Guajira es el departamento que concentra el 37% de las muertes en menores de 5 años por «desnutrición aguda, infección respiratoria aguda y enfermedad diarreica aguda», donde de los 75 casos presentados, 74 eran de menores de 5 años que pertenecían a la comunidad Wayúu. El Instituto expuso que una de las barreras expuestas es la que se relaciona con la falta de información disponible y específica sobre la comunidad Wayúu, pero eso puede deberse a que el departamento de La Guajira presenta incumplimiento en el reporte de casos de la enfermedad diarreica aguda (56% de cumplimiento) y con un 65% de cumplimiento en el reporte de casos relacionados con desnutrición aguda, moderada y severa.

En el caso de las mujeres gestantes, indicó el Instituto que «pertenecer a una etnia conlleva a un riesgo mayor de mortalidad materna en Colombia en comparación a la población no perteneciente». Esta afirmación, a juicio del Instituto, se corrobora con la caracterización

sociodemográfica del DANE y de informes de salud elaborados por la Alcaldía de Riohacha. Concretamente, expuso que la tasa de mortalidad materna en el departamento de La Guajira es superior 2 o 3 veces que, a nivel nacional, pero insiste en indicar que no se ofrecen datos específicos sobre la comunidad Wayúu al igual que los datos sobre mortalidad perinatal y neonatal que si bien es superior en La Guajira frente al resto del país, no existen datos públicos disponibles sobre el pueblo Wayúu.

En el segundo interrogante se consultó acerca de la existencia de características culturales de la comunidad indígena Wayúu que motive la priorización del problema nutricional que presentan los niños y niñas de la primera infancia y las mujeres gestantes de la comunidad sobre los mismos sujetos que habiten en el departamento pero que no pertenezcan al pueblo Wayúu.

El Instituto resaltó que la comunidad Wayúu habla una lengua nativa denominada Wayúunaiki, la cual habla el 89,2% de su población. También indicó que existen unos vínculos de la comunidad con el territorio que habita que favorecen «los lazos de confianza, cooperativismo e intercambio cultural» en la comunidad indígena. Sin embargo, esta se ha visto afectada por las incursiones en el territorio como, por ejemplo, la minería, que afecta directamente las relaciones de producción, la subsistencia y la autonomía alimentaria. En otras palabras, se indicó que, si la identidad cultural y la autonomía alimentaria fuera inalterable, la comunidad no estaría expuesta a la desnutrición y a la mortalidad infantil y de madres gestantes, debido a que no existe una intervención de agentes externos que pueden afectar su interacción con el territorio.

El Instituto indicó que una característica muy importante de la comunidad Wayúu es su vínculo ancestral, por lo que es importante tener en cuenta como resuelven sus conflictos y la forma en como los miembros de la comunidad participan en las Asambleas territoriales, las cuales son espacios propios de la comunidad indígena constituyendo su máxima autoridad. De tal forma, la recomendación del Instituto va dirigida a que se emplee el diálogo en estos escenarios propios de los Wayúu para que se encuentren soluciones con enfoque estructural «que va más allá de (...) la provisión asistencial de servicios del Estado».

Finalmente, el ICANH precisó que en Colombia la inseguridad alimentaria moderada o grave fue del 28,1% en el año 2022, pero en el departamento de La Guajira ascendió al 59,7%.

Complementan el análisis con la FIES 2022 (Food Insecurity Experience Scale – Escala de Experiencia de Inseguridad Alimentaria) en donde se evidenció que pertenecer a una etnia en Colombia aumenta la inseguridad alimentaria al 46,3%, mientras que no pertenecer a ninguna comunidad étnica baja la inseguridad alimentaria al 26,1%; que asimismo contar dentro del hogar con menores de 5 años aumenta la inseguridad alimentaria al 36,5%, frente de aquellos que no cuentan con uno de tales menores (desciende al 26,3%). El Instituto enfatizó que las cifras permiten concluir el alto riesgo de inseguridad alimentaria de las comunidades Wayúu, pero aclaró que estas conclusiones se presentan sin indicar datos específicos asociados a la comunidad indígena. Cerró su escrito, indicando que el área sembrada y producción agrícola del Departamento de la Guajira es del 1 al 3% en razón al alto grado de desertificación y salinización del departamento, el cual hace del departamento de los menores en producción y áreas sembradas en el país.

36. Profesor Weildler Guerra Curvelo

Frente de las cuestiones que el despacho sustanciador le solicitó al profesor Guerra Curvelo, este comenzó por señalar que con la creación del departamento de La Guajira en 1965 «los habitantes de la Comisaria de La Guajira y los de la provincia de Padilla quedaron incluidos en una sola entidad territorial». Luego, sostuvo que «[d]ado que los pueblos indígenas no solo son diferentes a los miembros de la llamada sociedad nacional, sino que lo son también con respecto a otros grupos de ascendencia amerindia, entre los wayuu y dichos pueblos hay diferencias relacionadas con la organización social, territorialidad, prácticas tradicionales en salud, sistemas normativos, rituales, economía, patrones alimentarios, y sus conjuntos míticos». En este orden, explicó que en el departamento de La Guajira cohabitan la población Wayúu y los pueblos indígenas Wiwa, Kogui, y Arhuaco; pueblos estos últimos que se asientan en la Sierra Nevada de Santa Marta.

El profesor Guerra Curvelo pasó a explicar la demografía de los pueblos Wiwa, Kogui y Arhuaco o Ijka. Y luego señaló que «[l]as estadísticas aportadas por el SIVIGILA del Ministerio de Salud no permiten acceder directamente a indicadores diferenciados sobre la situación nutricional de los pueblos indígenas situados en la Sierra Nevada de Santa Marta, específicamente sobre los asentamientos que se encuentran en la jurisdicción territorial del Departamento de La Guajira». No obstante, manifestó que, por la información de distintas fuentes, entre ellas las recopilada por el mismo, «puede inferirse que la situación de los niños

indígenas kogui y wiwa en el campo de salud y la nutrición es grave [que] amerita contar con indicadores específicos en materia de salud y nutrición sobre estos pueblos y una intervención institucional integral, coordinada con sus autoridades tradicionales y sostenida en el tiempo en favor de esta población».

Indicó específicamente que «[a]unque sumados los pueblos indígenas: wayuu, arhuaco, kogui y wiwa representan el 48,21% del total de la población guajira, el peso demográfico de los wayuu es significativamente mayor al de los otros tres grupos de ascendencia amerindia»; que tal situación «ha conducido a una menor visibilidad de los pueblos de la Sierra Nevada frente a las políticas y acciones gubernamentales»; y que «si bien la situación de salud y nutricional de los niños y niñas indígenas de la primera infancia y/o madres gestantes es grave, para abordar esta situación se requiere de planes y programas específicos y diferenciados para cada grupo humano», que deben «ajustarse a las distintas variables demográficas, ambientales, geográficas y socioculturales propias de cada uno de dichos pueblos indígenas».

37. El ciudadano Harold Sua Montaña

El ciudadano Sua Montaña manifestó que habida cuenta la inexecutable del decreto matriz, «el objeto de control de proceso del asunto (i.e. el del RE-354) termina siendo entonces inconstitucional por consecuencia al depender su existencia de la executable de ese objeto de control declarado inexecutable».

Así mismo señaló que «el material probatorio recaudado en el proceso del mismo suscita la duda de estar cumplida o no la formalidad prevista en el artículo 215 constitucional (i.e. tener el objeto de control la firma de todos los ministros pues no hay siquiera la más mínima indicación del acto sine qua non María Constanza García Alicastro hubiese colocado su firma para la expedición del objeto de control o las motivaciones del mismo como tampoco encontrarlo el suscrito en el diario oficial careciendo así de efectos frente a terceros al igual que la aceptación de renuncia o declaratoria de insubsistencia sine qua non Astrid Bibiana Rodríguez Cortés y Jhenifer María Sindei Mojica Flórez hubiesen sido respectivamente nombradas ministra del deporte y de agricultura».

38. Universidad de los Andes (Consultorio Jurídico)

El Consultorio Jurídico de la Universidad de Los Andes primero se refirió a la inexecutableidad consecuencial del Decreto Legislativo 1272 de 2023 por cuenta de la inexecutableidad previa del decreto matriz del estado de emergencia (Decreto Legislativo 1085 de 2023) en cuyo desarrollo se expidió el mencionado Decreto 1272.

Posteriormente, dicha entidad sostuvo que «a pesar de que la presente crisis en La Guajira es extraordinaria, pues confluyen factores climáticos como el Fenómeno del Niño moderado/fuerte, el calentamiento de los dos océanos y precipitaciones muy inferiores a los promedios históricos, lo cierto es que, tal como lo señala la Corte en Sentencia C-383/23, La Guajira enfrenta una crisis estructural de abandono y negligencia estatal que no puede ser resuelta con una transferencia monetaria no condicionada de una sola vez». Y que para «resolver dicha crisis [se] requiere de toda la capacidad estatal».

SALVAMENTO Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

A LA SENTENCIA C-521/23

Referencia: Expediente RE-354

Control de constitucionalidad del Decreto Legislativo 1272 del 31 de julio de 2023, «[p]or medio del cual se crea una transferencia no condicionada para atender a las familias con niños y niñas en primera infancia y/o madres gestantes, que se encuentren en estado de desnutrición o en riesgo inminente de estarlo en el departamento de La Guajira y se toman otras medidas que permiten la atención integral de esta población en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica»

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, expongo las razones que me motivaron a salvar y a aclarar el voto respecto de la Sentencia C-521 de 2023.

1. 1. A diferencia de la mayoría de la Sala, que resolvió declarar inexecutable con efectos retroactivos las medidas y competencias contempladas en el decreto legislativo objeto de revisión, por falta de conexidad material, considero que debió declararse la inexecutable por consecuencia del Decreto Legislativo 1272 del 31 de julio de 2023 y aplicar el diferimiento previsto en la Sentencia C-383 de 2023. Esta providencia analizó el Decreto Legislativo 1085 del 2 de julio de 2023, mediante el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en el departamento de La Guajira, en relación con la garantía del acceso al agua por los efectos de la conjunción de factores climáticos advertida como causa de aquel.

2. A mi juicio la creación e implementación de una transferencia monetaria no condicionada destinada a atender la falta de recursos económicos de sectores vulnerables del ente territorial, en especial niños, niñas y adolescentes y personas gestantes, afectados por desnutrición crónica, guardaba relación con la situación que el estado de emergencia pretendía conjurar. En efecto, como se resaltó en los considerandos de la norma revisada, esta medida estaba ligada no solo con la garantía del derecho al agua, sino que promovía el acceso a otros derechos fundamentales tales como la alimentación, el mínimo vital o la salud, los cuales se encuentran íntimamente relacionados con la crisis humanitaria advertida en la Sentencia C-383 de 2023.

3. En este sentido, la normativa cumplía con el criterio de conexidad y estricta necesidad, lo cual implicaba que, ante la inexecutable por consecuencia, la Corte debía aplicar el diferimiento antes mencionado. Por lo tanto, estimo que en esta oportunidad debió aplicarse un criterio similar al fijado en la Sentencia C-492 de 2023, por la que se reconocieron efectos diferidos a la inexecutable del Decreto Legislativo 1269 de 2023, norma que contenía medidas relacionadas con la garantía de la alimentación escolar y el PAE para el departamento.

4. Ahora bien, dado que se cumplía el requisito preliminar de conexidad material necesario para que operara el condicionamiento previamente enunciado, reitero que en esta oportunidad se debió dar aplicación al mismo dado que se acreditaban los supuestos establecidos en la Sentencia C-492 de 2023, en lo concerniente con las obligaciones estatales de la protección de derechos fundamentales como el acceso al agua, la

alimentación y la salud afectados por una crisis humanitaria. En esa ocasión la Corte Constitucional indicó que existe una relación íntima y estrecha entre el derecho al acceso al agua y otros derechos fundamentales, tales como la alimentación y la salud, y que resulta imposible en términos jurídicos hacer distinciones artificiales entre la prevalencia o primacía de un derecho humano sobre otro, de manera que existe una obligación ineludible del Estado para garantizar de forma eficaz e integral los derechos humanos más básicos y fundamentales. Si bien esa conclusión se hizo en relación con medidas en materia de alimentación escolar, la misma resulta aplicable a la creación e implementación de una transferencia monetaria no condicionada destinada a atender las necesidades básicas de poblaciones vulnerables afectadas por desnutrición crónica para varias causas, entre ellas la escasez de agua potable, lo cual como se expuso constituye una obligación inescapable a cargo del estado colombiano.

5. En relación con esta obligación estatal la referida providencia puso de presente varias observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -del cual Colombia hace parte- y de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) sobre la garantía, entre otros, de los derechos a la alimentación adecuada y al acceso al agua de poblaciones vulnerables como los niños, niñas y adolescentes. Tales pronunciamientos concuerdan con el artículo 44 de la Constitución Política sobre los derechos de estos sujetos de especial protección constitucional, entre ellos la alimentación adecuada, de manera que refuerzan la conclusión de la conformidad de las normas con el mandato constitucional de proteger derechos fundamentales intrínsecamente relacionados por la afectación causada por la crisis humanitaria del departamento de La Guajira.

6. De otro lado, superados los presupuestos formales, se cumplían los presupuestos de finalidad y necesidad jurídica, por lo que resultaba aplicable que la inexecutable por consecuencia de la norma se difiriera. Lo anterior porque, como ya se expuso, se evidencia la necesidad y la obligación de que el Estado adopte medidas urgentes e impostergables para atender la satisfacción de los derechos de las poblaciones afectadas por la crisis humanitaria advertida en la Sentencia C-383 de 2023.

7. En torno al cumplimiento de los requisitos de finalidad y necesidad, es menester recordar que esta corporación ha reconocido el importante rol que pueden tener las transferencias

monetarias no condicionadas para aliviar la afectación de diversos derechos fundamentales de sectores vulnerables en escenarios de emergencia o de grave crisis. Así lo hizo cuando revisó la constitucionalidad de varios decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia decretado con ocasión de la pandemia de Covid-19

8. Tales normativas establecían medidas similares a las contenidas en el decreto revisado en esta oportunidad, y la Corte siempre encontró que estas superaban los juicios de conexidad material, necesidad y finalidad. Esto porque el proveer recursos monetarios que permitieran a sujetos de especial protección constitucional, y que veían afectada la garantía de varios derechos de rango constitucional por una contingencia de inusitadas proporciones, se acreditaba una estrecha relación con la concreción de fines y principios constitucionales como la dignidad humana o la prevalencia de los derechos fundamentales.

9. Por lo tanto, no se advierten las razones por las cuales, en esta oportunidad, no fueron diferidos los efectos de la inexequibilidad de la norma analizada. A pesar de que se trata de un decreto que es inconstitucional por consecuencia, es evidente que sí guardaba estrecha relación con el cumplimiento de obligaciones constitucionales e internacionales a cargo del Estado colombiano por lo que debió analizarse la posibilidad de diferimiento y concluirse su procedencia.

10. Por lo anterior, en mi criterio, las medidas debieron mantenerse vigentes hasta el mes de diciembre del 2023 con el fin de atender las necesidades alimentarias, en especial de sujetos de especial protección, asunto esencialmente ligado a la disponibilidad de agua.

11. Finalmente, considero pertinente aclarar mi voto en relación con la presente decisión. Al respecto, resultan relevantes las mismas razones que me llevaron a salvar el voto frente a la Sentencia C-383 de 2023. Considero que sobre el Decreto Legislativo 1085 de 2023 procedía declarar la exequibilidad parcial, únicamente en lo que respecta a la atención del agravamiento de la crisis de La Guajira por la conjunción atípica y sobreviniente de fenómenos climáticos. Adicionalmente, debía declararse la inexequibilidad de algunas expresiones del artículo 3.º de aquel Decreto, para garantizar que su aplicación se limitara a esta finalidad. En general, no estoy de acuerdo con la decisión de inexequibilidad diferida, por las razones que presento a continuación.

12. Estimo que procedía una exequibilidad parcial del decreto que declaró el estado de

excepción, por cuanto era viable la emergencia exclusivamente para atender el agravamiento de la crisis en La Guajira por la conjunción atípica y sobreviniente de factores climáticos. En especial, en lo referido a la escasez de agua y sus efectos particulares sobre las poblaciones vulnerables y la realización de derechos. La delimitación del estado de emergencia en estos términos era acorde con el alcance de la competencia que correspondía a la Corte al examinar aquella normativa. Se trataba de una oportunidad única a nivel nacional e internacional para que la jurisprudencia constitucional evaluara el manejo de los estados de excepción, en particular el de emergencia económica, por asuntos relacionados la crisis climática global. En estos términos, la situación presentaba las condiciones para crear un nuevo precedente.

13. Procedía al respecto dejarse claro el objeto acotado de la emergencia y censurar la motivación del decreto y el apartado del artículo 3.º que preveía un alcance muy amplio de sus medidas. En efecto, dicha norma permitía la adopción de disposiciones frente a sectores que no estaban relacionados con la crisis. Sin embargo, el estado de emergencia tenía la finalidad de enfrentar una situación de agravamiento que superaba el carácter crónico de la problemática de la región, cuya atención corresponde a las vías ordinarias. La exclusión de las expresiones “además de las medidas anunciadas en la parte considerativa de este decreto” y la palabra “adicionales”, presentes en la referida disposición, habría cumplido el propósito en cuanto restringir las facultades extraordinarias para garantizar su compatibilidad con la Constitución.

14. En este caso y en el ámbito específico señalado anteriormente, se superaban los juicios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar vía a la emergencia. Además, su delimitación no afectaba la competencia de la Corte para ejercer el respectivo control sobre los decretos de desarrollo, con el fin de evitar la adopción por esta vía de medidas ajenas al propósito de conjurar la emergencia y que deberían ser tramitadas por los mecanismos ordinarios.

15. Con todo, también habría podido considerarse declarar la exequibilidad condicionada del Decreto Legislativo 1085 de 2023. Esta opción habría permitido igualmente restringir sus efectos a la atención de los mencionados hechos sobrevinientes por motivos climáticos respecto del agua y sus impactos, que son los únicos de aquellos aludidos por el Gobierno nacional que habilitaban el uso de facultades extraordinarias.

16. No comparto la decisión de inexecutable diferida en estos casos, dado que el decreto que declara un estado de emergencia reconoce una situación fáctica y da vía a una consecuencia jurídica de orden constitucional. No encuentro que el diferimiento de la inexecutable plena sea adecuado porque la declaratoria de emergencia cumplía con los términos previstos por la Constitución, en la forma antes referida. Ello no impedía la posibilidad de que los decretos de desarrollo pudieran ser declarados inexecutables con diferimiento, pues en el caso de estos, se trata de regulaciones específicas y materiales que deben cumplir los requisitos formales y materiales exigibles para satisfacer sus condiciones de validez. El examen definido para los actos expedidos en desarrollo del estado de emergencia constituye una garantía para prevenir las extralimitaciones del ejecutivo en el uso de estas facultades extraordinarias. Por lo tanto, considero que resultaba procedente declarar executable el Decreto Legislativo 1085 de 2023, exclusivamente con respecto al ámbito referido, y luego ejercer el respectivo control pleno sobre las medidas de desarrollo.

En suma, en lo que respecta a la presente decisión que declara la inexecutable por consecuencia del decreto de desarrollo de la referencia, también aclaro mi voto porque estimo que la Corte debió declarar la executable parcial del Decreto Legislativo 1085 de 2023 y la inexecutable de las mencionadas expresiones del resolutive. Ello con el propósito de delimitar su alcance a la atención de la crisis generada por la confluencia sobreviniente de factores climáticos, con impacto en la provisión de agua y en las afectaciones correlativas a los derechos, especialmente de las poblaciones vulnerables de La Guajira. Esos análisis y decisión habrían determinado una metodología y alcances diferentes en lo que respecta al decreto que en esta ocasión se analiza.

17. Por las razones expuestas, salvo y aclaro mi voto respecto a la sentencia C-521 de 2023.

Fecha ut supra

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

R-354

MP Cristina Pardo Schlesinger

R-354

MP Cristina Pardo Schlesinger