

Sentencia T-080/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

La Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA-Reiteración de la sentencia T-466/16

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA-Protección constitucional e internacional

AUTONOMIA INDIGENA-Limitaciones admisibles en aras del interés superior del niño

PROTECCION ESPECIAL DE LOS NIÑOS Y NIÑAS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCO-Vulneración por deficiencias en el suministro de alimentos, de agua potable y saneamiento básico y en la prestación de los servicios de salud

Referencia: Expediente T-6.204.495

Acción de tutela presentada por la Fundación para la Atención de la Niñez en el departamento del Chocó -FANICH contra (i) la Presidencia de la República, (ii) el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, (iii) la Consejería Presidencial para la Primera Infancia, (iv) el Ministerio de Educación Nacional, (v) el Ministerio de Salud y Protección Social, (vi) el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, (vii) el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, (viii) el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, (ix) el Departamento Administrativo de Prosperidad Social, (x) el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, (xi) la Unidad Nacional para la Gestión Del Riesgo, (xii) el Departamento del Chocó, (xiii) la Secretaría de Salud departamental de Chocó, (xiv) la Administración temporal para el sector educativo de chocó, (xv) el municipio de Riosucio, (xvi) el municipio Lloró, (xvii) el municipio Pie de Pató,

(xviii) el municipio Bagadó, (xix) el municipio de Pizarro

Magistrado Ponente:

CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., dos (2) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez, Diana Fajardo Rivera y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de primera instancia y de segunda instancia, adoptados por el Tribunal Administrativo de Chocó y la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta del Consejo de Estado, respectivamente, en la acción de tutela presentada por la Fundación para la Atención de la Niñez en el Departamento del Chocó -FANICH contra (i) la Presidencia de la República, (ii) el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, (iii) la Consejería Presidencial para la Primera Infancia, (iv) el Ministerio de Educación Nacional, (v) el Ministerio de Salud y Protección Social, (vi) el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, (vii) el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, (viii) el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, (ix) el Departamento Administrativo de Prosperidad Social, (x) el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, (xi) la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo, (xii) el Departamento del Chocó, (xiii) la Secretaría de Salud Departamental de Chocó, (xiv) la Administración temporal para el sector educativo de Chocó, (xv) el municipio de Riosucio, (xvi) el municipio de Lloró, (xvii) el municipio de Pie de Pató, (xviii) el municipio de Bagadó, (xix) el municipio de Pizarro.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Seis de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1. Hechos

1. El 14 de septiembre de 2016, la Fundación para la Atención de la Niñez en el Departamento del Chocó –FANICH– (en adelante la Fundación), actuando en nombre de las niñas y niños de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó presentó acción de tutela contra los referidos accionados, con el fin de obtener la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la igualdad de las niñas y niños indígenas pertenecientes a los resguardos de dichas comunidades indígenas, ubicados en los municipios de Lloró, Bajo Baudó, Alto Baudó, Riosucio y Bagadó. Igualmente invocó las garantías previstas en la Convención de los niños de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Convenio 169 de la OIT.

2. De conformidad con la demanda, los derechos y las garantías de los menores indígenas han sido vulnerados como consecuencia de la omisión en la prestación de los servicios de salud, de alimentación y nutrición, y de educación, por parte de las entidades accionadas.

3. Afirma la tutelante que en el Departamento del Chocó se han evidenciado graves problemas de desnutrición infantil, salubridad pública, inasistencia en salud, precariedad en la cobertura y calidad educativa, entre otros; falencias que se evidencian con mayor frecuencia e intensidad en las comunidades indígenas allí establecidas. Refiere que con ocasión de esta problemática se ha reportado incluso la muerte de varios menores indígenas, por causas asociadas a desnutrición.

4. Mediante Auto 004 de 2009, la Corte Constitucional declaró que los pueblos indígenas de Colombia se encuentran en peligro de ser exterminados cultural y físicamente por el conflicto armado interno; peligro que se ve agravado por la crisis humanitaria derivada de las condiciones de salud y desnutrición que sufren las comunidades indígenas del Departamento del Chocó.

5. Como prueba de los hechos referidos en el escrito de tutela, la Fundación tutelante

aportó copia de los siguientes documentos:

- Extractos de informaciones publicadas en las páginas web: NOTICIAS RCN[1], de LAOTRACARA.CO[2], BLURADIO[3], El Espectador[4], RCN radio[5], chocó 7 días[6], en los cuales se habla de problemas de mortalidad y morbilidad de la comunidad infantil indígena que habita el Chocó.
- Publicación en la página web de la Defensoría del Pueblo “Desnutrición infantil, un drama que golpea más dura a los indígenas[7].
- Publicación en la página web del Senado de la República de la nota “51 niños indígenas muertos por desnutrición, en Bojayá, en 2016, denuncia presidente de Comisión de Derechos Humanos del Senado.”[8]
- Fotocopia del documento “Mortalidad por y asociada a desnutrición en 5 años del Instituto Nacional de Salud”[9].

#### 1.1. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas de oficio

6. El 15 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo del Chocó admitió la demanda de tutela y ordenó notificar a todos los demandados para que, en el término de dos (2) días, ejercieran su derecho de defensa y contradicción, oportunidad en la cual se allegaron las siguientes respuestas:

##### 1.1.1. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas

7. Luego de la exposición del marco normativo de la entidad y de las obligaciones derivadas del mismo, sostuvo que a esa entidad no le corresponde formular políticas públicas de planes, programas y proyectos del sector administrativo de Salud y Protección Social[10].

##### 1.1.2. Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

8. Invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva, fundamentado en las competencias otorgadas en la normativa que rige su actuar[11].

##### 1.1.3. Ministerio de Educación Nacional

9. Expuso la normativa que rige la política de educación de las comunidades indígenas, la coordinación de la actividad con entidades como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Departamento Administrativo de Acción Social y el Ministerio de Salud y Protección Social, luego de lo cual solicitó su desvinculación considerando que no ha dado lugar a la afectación de los derechos invocados. Para respaldar su afirmación aportó copia de los convenios de cooperación suscritos por ese Ministerio para atender las necesidades educativas de la comunidad indígena infantil [12].

#### 1.1.4. Unidad Nacional para la Gestión de Riesgos de Desastres

10. Luego de la exposición del marco normativo de esa Unidad, concluyó que esa entidad no es competente para adelantar acciones encaminadas a la prevención de la desnutrición[13].

#### 1.1.5. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

11. Esta entidad, al igual que las anteriores, luego de presentar el marco normativo que rige su misión, al considerar que no tiene competencias para atender las pretensiones del accionante, las cuales, a su juicio, pueden ser atendidas por otras entidades estatales (ICBF, Ministerio del Interior), invocó la falta de legitimación por pasiva y solicitó la desvinculación del proceso[14].

#### 1.1.6. Administración temporal del Sector Educativo del Departamento del Chocó

12. Este administrador presentó un informe[15] en relación con los contratos suscritos para la prestación del servicio de educación, actividades que según el informe han sido concertadas con las comunidades indígenas, y desarrollan la oferta educativa de estos servicios con los cuales, afirmó, se garantiza “plenamente el derecho a la EDUCACIÓN DE LA POBLACIÓN INDÍGENA, en lo que corresponde a los resguardos Katios, Chami, Dobidá, Wounnan, Tule, Embera, y demás encontradas en el Departamento del Chocó, comunidades indígenas presente (sic) en veintiséis (26) de los veintinueve (29) Municipios del Departamento.”

13. En este informe también incluyó un cuadro explicativo de cada contrato suscrito, los municipios atendidos, el número de personas atendidas por municipio en cada nivel:

preescolar, primaria, secundaria y media, para concluir que en total se han beneficiado 25.373 menores indígenas.

14. Indicó además que la Administración Temporal del Sector Educativo del Chocó no tiene injerencia en el programa de alimentación escolar -PAE-, pues está a cargo del Departamento del Chocó. En esa medida solicitó su desvinculación del proceso de tutela, por falta de legitimación por pasiva.

#### 1.1.7. Superintendencia Nacional de Salud

15. Argumentó la falta de legitimación por pasiva, fundado en las competencias constitucionales y legales[16] que la rigen, y en atención a que sus actividades se circunscriben a la vigilancia y control de la prestación del servicio de salud.

16. Al respecto presentó información en la que da cuenta de las actividades de inspección, vigilancia y control desarrolladas en el seguimiento de la problemática de los menores de edad en el Departamento del Chocó.

#### 1.1.8. Concepto del Ministerio Público

17. El Procurador 41 Judicial II Administrativo del Chocó presentó el concepto[17], en el cual, luego de valorar el acervo probatorio, considera procedente la acción de tutela.

#### 1.1.9. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas

18. Presentó las funciones asignadas a ese Departamento Administrativo, para concluir que no tiene competencia para atender las peticiones formuladas en la acción de tutela. En consecuencia, solicitó su desvinculación del proceso.

#### 1.1.10. Departamento Administrativo de la Prosperidad Social

19. El 28 de septiembre solicitó un plazo adicional para contestar la acción, solicitud que no fue aceptada por el Tribunal y no se contestó la demanda.

#### 1.1.11. Testimonio de Helfer Andrade Casama, representante legal del accionante.

20. De conformidad con el interrogatorio ordenado por el Tribunal Administrativo del

Chocó, ante las preguntas formuladas por el magistrado[18], diligencia en la que ratificó los hechos denunciados en la demanda.

1.1.12. Documentos elaborados y aportados por la Asociación de Cabildos Indígenas Emberá, Wounaan, Katío, Chamí y Tule.

21. Documento titulado “LA DRAMÁTICA TRAGEDIA DEL PUEBLO EMBERA, ETNOCIDIO, SUICIDIO Y SIN ATENCIÓN EN SALUD”[19], en el cual se presenta una relación de 16 niños y niñas fallecidos en Lloró; y condiciones sobre malaria, fumigación aérea, suicidios, negligencia en atención en salud.

22. Documento titulado “INFORME DE COMISIÓN BARATUDO ICHO”[20], elaborado por la muerte de tres menores de edad, dos fallecimientos de menores “por enfermedades como la IRA, la EDA, fiebre y vomito”, y se informa de la situación del resto de la comunidad indígena Baratudó.

23. Documento denominado “EL DESASTRE EN LA SITUACIÓN DE SALUD DE LOS PUEBLOS EMBERA, KATIO, WOUNAN Y CHAMI DEL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ”[21], en el cual presenta la situación de esas comunidades indígenas como falta de reconocimiento de la identidad, falta de sistemas de información, dificultades geográficas, deficiencias en la atención en salud con las implicaciones en la morbilidad y comprensión cultural, deficiencia alimentaria, de traductores, agua y saneamiento básico. Este documento también incluye propuestas para la solución de los problemas de las comunidades indígenas.

24. Incluye también las historias clínicas y registros civiles de defunción de menores indígenas[22].

1.2. Decisiones que se revisan

1.2.1. Tribunal Administrativo de Chocó

25. El 29 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo del Chocó profirió sentencia, en la cual concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la especial protección que merecen los menores indígenas del Departamento del Chocó; sin embargo, como se explica en el numeral 1.2.2.8 de esta providencia, fue declarada nula por el Consejo de Estado.

### 1.2.2. Actuaciones en segunda instancia

26. Mediante providencia del 29 de noviembre 2016[23], la Sección Quinta del Consejo de Estado dispuso la practicar pruebas, y en tal sentido ofició a varias entidades para que aportaran información sobre los hechos de la demanda.

#### 1.2.2.1. Respuesta de Superintendencia de Servicios Domiciliarios[24]

27. Esta entidad manifestó que su labor constitucional y legal, de inspección, vigilancia y control sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios tiene la posibilidad de realizar el diagnóstico de la prestación de estos servicios, por lo cual remite el “Informe Departamental Chocó 2016”[25] elaborado por el grupo de pequeños prestadores para la delegada de acueducto, alcantarillado y aseo.

28. Preciso que no tiene competencia para diseñar o implementar instrumentos de planificación para mejorar el acceso y cobertura de los servicios vigilados, y menciona los Planes Departamentales de Aguas (PDA) son una respuesta del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, como estrategia de apoyo a la gestión municipal, al ser estos los entes territoriales responsables de asegurar la prestación eficiente de estos servicios públicos domiciliarios.

29. Allegó el documento “Informe Departamental Chocó 2016”, el cual, luego de una exposición de la situación actual del servicio de acueducto en los municipios del Chocó, de los cuales esta Sala de Revisión resalta los siguientes aspectos:

- La problemática de servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico está representada carencia de infraestructura vial, de comunicaciones y afín a los servicios públicos, sostenibilidad empresarial e insuficiencia de presencia institucional propiciado por las difíciles condiciones de acceso a muchos municipios.
- Retraso importante en el reporte de información por parte de los prestadores de estos servicios, lo cual resta eficacia a estos sistemas de información.

#### 1.2.2.2. Respuesta del Ministerio de Educación Nacional

30. Preciso que la prestación del servicio de educación está a cargo de las entidades

territoriales certificadas como desarrollo del principio de descentralización de la educación (Ley 715), lo que implica el desarrollo de la planificación, organización, coordinación, distribución de recursos (humanos, técnicos, administrativos y financieros)[26].

31. Igualmente indicó que en desarrollo del Decreto 1397 de 1996, se reglamentó la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la educación para los pueblos indígenas (CONTCEPI) para la construcción de políticas públicas, y de este espacio de concertación surgió el concepto de Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP) como mecanismo para la creación de la educación propia que contribuya a asegurar la pervivencia física y cultural de los 102 pueblos indígenas de Colombia.

32. El Ministerio también informó que ha acompañado estos procesos de concertación y para ese propósito ha destinado recursos presupuestales, y también ha destinado recursos para la dotación de infraestructura educativa.

33. Finalmente solicitó su desvinculación de este proceso.

#### 1.2.2.3. Respuesta del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas

34. La respuesta indica que ese Departamento Administrativo tiene reportada información hasta el 2014, considerando que la consolidación de datos se publica 18 meses después al periodo de referencia, y el cálculo de mortalidad se hace teniendo en cuenta todos los eventos reportados por grupo poblacional, pero no por causa de muerte. Igualmente refiere que no tiene información sobre mortalidad de menores de 18 años. Señala entonces que la tasa nacional de mortalidad infantil es de 19,20 y en el Chocó es de 51,91.

35. En cuanto a la temática de desnutrición, en relación con los índices que se calculan con base en la encuesta nacional de situación nutricional en Colombia, aclaró que es competencia del ICBF.

#### 1.2.2.4. Respuesta del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social

36. Reiteró la solicitud de desvinculación, y presentó la información sobre los avances logrados en el Departamento de Chocó a través de los programas de Seguridad Alimentaria, con el cual se atendieron 6.960 familias en 14 municipios, y el programa “Mas familias en acción” con 2.864 familias, beneficiando a 6.272 niños, niñas y adolescentes.

#### 1.2.2.5. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social[27]

37. Informó que la Red pública de salud de Chocó está distribuida en 5 zonas, con servicios de segundo y tercer nivel, así mismo que existen entidades responsables de la prestación del servicio y la cobertura territorial de cada uno.

#### 1.2.2.6. Ministerio del Interior[28]

38. Remitió la información relacionada con las comunidades indígenas del Departamento del Chocó registradas en ese Ministerio. En cuanto a los programas en favor de la niñez, salud, alimentación, agua y saneamiento básico, indicó que son competencia de otras entidades estatales.

#### 1.2.2.7. Reporte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF[29]

39. En respuesta al informe solicitado por el Consejo de Estado, el ICBF presentó las estadísticas requeridas por el juez de tutela, mediante la tabla de “Prevalencias de desnutrición por indicador en los niños y niñas entre 6 meses y 59 meses que asisten a los programas de primera infancia por pueblo indígena y vigencia reportado al SSN en la regional Chocó”:

#### Vigencia

Desnutrición aguda

Desnutrición global

Desnutrición crónica

2014

2015

2016

2014

2015

2016

2014

2015

2016

Emberá

44

1,8

2,3

23,7

8,6

10,2

59.5

39,4

Emberá chamí

0

3,3

3,5

14,9

10,4

8,5

62

44,4

30,8

Embarrá katío

14,9

1,7

2,4

13,6

6,1

9

35,4

26,1

33,7

Tulé

0

12

1,5

0

19,8

17,4

100

32,5

47,5

Wounaan

2,3

2,8

6,7

7

7,9

38,5

34,2

26

40. El documento explica que este reporte depende del registro y del auto reconocimiento de los grupos étnicos, el cual se ha fortalecido en el sistema de información misional Cuéntame; así mismo, que “los porcentajes de desnutrición que presenta la población indígena presentada, son superiores a los promedios nacionales, siendo el pueblo Embera el más afectado”.

41. Informó también sobre la Estrategia de Recuperación Nutricional para el Departamento del Chocó, con la cual se han atendido 5.214 beneficiarios menores de 5 años en situación de desnutrición, mujeres gestantes y madres en periodo de lactancia con bajo peso.

42. En cuanto a las modalidades de atención, señaló que para la vigencia 2016 se implementaron las siguientes: (i) El programa de Recuperación Nutricional con un programa

de dos fases, intramural y en el hogar, con centros en cuatro municipios[30] que atendieron a 517 usuarios; (ii) El programa de Recuperación Nutricional con enfoque comunitario para menores de 5 años con desnutrición, el cual cuenta con los componentes educativo, promoción y prevención, y presencia en seis municipios[31] y ha atendido a 1.500 niños; y (iii) El programa de Recuperación Nutricional con énfasis en los primeros mil días, que atiende a mujeres embarazadas y madres en periodo de lactancia y niños y niñas menores de 2 años con actividades de promoción y mantenimiento de la salud y nutrición con complementación alimentaria y acompañamiento familiar y domiciliario que ha atendido 3.197[32] beneficiarios en 18 municipios[33] del Chocó.

43. Indicó que cuenta con seis unidades móviles en el Departamento de Chocó para atender situaciones de desplazamiento forzado o en procesos de transición, atienden 80 familias al mes, con lo cual se busca potenciar las capacidades de las familias y comunidades étnicas con enfoque diferencial a través del programa Territorios Étnicos Con Bienestar, que permite brindar asistencia en proyectos ejecutados de fortalecimiento familiar y comunitario, y también con la modalidad de Familias con Bienestar para fortalecer el cuidado mutuo e integración social, dirigido a familias en situación de vulnerabilidad económica y social, familias en curso de procesos administrativos de restablecimiento, familias víctimas[34], familias beneficiarias de proyectos de vivienda.

1.2.2.8. Solicitud del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República[35]

44. Mediante escrito de 14 de diciembre de 2016, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó la “nulidad del proceso” argumentando que no fue notificado del auto admisorio de la tutela.

1.2.2.9. Nulidad del proceso por falta de vinculación de Departamento Administrativo de la Presidencia de la República[36]

45. Mediante Auto de 18 de enero de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con fundamento en la petición del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al verificar trámite impartido por la primera instancia, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto que admitió la demanda, inclusive, dejando a salvo las pruebas recaudadas.

### 1.2.3. Sentencia de primera instancia[37]

46. Como se expuso en el numeral 1.2.2.9, el Consejo de Estado, Sección Quinta, decretó la nulidad de lo actuado, por el cual el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante Auto de 2 de febrero de 2017, admitió la acción de tutela y se ordenó notificar, nuevamente, a todos los demandados.

47. De manera que con fundamento en el acervo probatorio recaudado a lo largo de este proceso, en el cual se declaró la nulidad de la sentencia de 29 de septiembre de 2016 pero se mantuvo la legalidad de las pruebas recaudadas, el Tribunal Administrativo de Chocó profirió sentencia el 16 de febrero de 2017, en la cual resolvió, en resumen, lo siguiente:

(i) Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la especial protección que merecen los menores indígenas del Chocó, al no haber atendido debidamente las necesidades de esta población, condenando a todas las entidades demandadas, del nivel nacional, departamental y municipal.

(ii) Ordenar a la Presidencia de la República, a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República para que en un plazo de 48 horas diseñe, coordine y ejecute un plan eficiente y eficaz que dé solución integral y definitiva a las dificultades de alimentación, desnutrición, salud y falta de acceso al agua potable y salubre de los niños y niñas indígenas del Chocó, adoptando las siguientes medidas específicas:

- a. Asegurar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud.
- b. Tomar medidas inmediatas para que las comunidades puedan tener acceso al agua potable y salubre de manera sostenible y suficiente para la subsistencia de niños y niñas.
- c. Adoptar medidas inmediatas para que las niñas y niños pueda tener alimentos en calidad y cantidad suficientes para satisfacer necesidades alimentarias con pertinencia cultural.
- d. Establecer mecanismos para identificar casos de desnutrición para intervención inmediata.
- e. Crear, adecuar o mejorar un sistema de información institucional e interinstitucional

que permita a todas las entidades y a los integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Para el efecto coordinará a todas las autoridades demandadas y condenadas en esta acción.

(iv) Ordenar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que brinde ayuda en la formulación e impulso de propuestas para la optimización del desarrollo del sector agropecuario, pesquero y rural.

(v) Ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional del Salud adoptar medidas sanitarias necesarias que garanticen la protección de la salud pública, así como adelantar los procedimientos y aplicar sanciones generadas por la omisión o deficiencia en la prestación del servicio de salud

#### 1.2.3.1. Impugnaciones

48. La decisión de primera instancia fue impugnada por la Superintendencia Nacional de Salud[38], el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural[39] y el Departamento Administrativo de la Prosperidad Social[40]. Estas entidades fundamentalmente insistieron en la falta de legitimación por pasiva, porque no tienen dentro de sus competencias la atención de los derechos fundamentales vulnerados.

#### 1.2.4. Sentencia de segunda instancia[41]

49. Mediante sentencia del 6 de abril de 2017[42], la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia y además dispuso lo siguiente:

(i) Adicionó el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

(ii) Negó las solicitudes de desvinculación por falta de legitimación por pasiva, considerando que los accionados son agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF) de conformidad con el Decreto 936 de 2013.

(iii) Ordenó “al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República -DAPRE

como coordinador, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF como gestor, al Departamento de Chocó y los municipios de Riosucio, Lloró, Pie de Pató, Bagadó, Pizarro y Bojayá como agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar -SNBF en el ámbito departamental y municipal, y a los Ministerios y Departamentos Administrativos que hacen parte del SNBF y del CIPI”(sic).

(iv) Dispuso las siguientes medidas urgentes:

a. Crear, adecuar o mejorar un sistema de información interinstitucional e intersectorial que permita a todas las entidades determinar las características y necesidades básicas insatisfechas de los menores de las comunidades indígenas del Chocó, para determinar su situación individual frente a los riesgos de desnutrición, enfermedades, acceso al agua potable y educación.

b. Implementación de acciones adecuadas e inmediatas que garanticen los derechos fundamentales a la alimentación, la salud, de acceso al agua potable y a la educación en condiciones de calidad, continuidad, integralidad e igualdad de la población infantil de Chocó.

(v) Adoptar las siguientes medidas estructurales:

a. Identificar las causas de las deficiencias que impiden la correcta atención de la alimentación, la salud, de acceso al agua potable y a la educación de los niños del Chocó

b. Coordinar las acciones para corregir las deficiencias estructurales identificadas para diseñar políticas aplicables.

c. Preparar y aprobar un documento CONPES para establecer una política nacional de seguridad alimentaria, atención en salud, acceso al agua potable y a la educación de la población indígena del Chocó.

Otorgó un periodo de un año para el cumplimiento de las medidas estructurales.

(vi) Exhortó a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Contraloría General, para que en el marco de sus competencias, realicen el seguimiento y adopten medidas pertinentes que permitan asegurar la eficacia de las órdenes impartidas.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 2.1. Competencia

50. Esta Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

51. La Sala de selección número seis resolvió seleccionar el expediente T-6.204.495 cuyo trámite le correspondió por reparto al Despacho de la Magistrada Diana Fajardo Rivera mediante sorteo realizado en audiencia pública de fecha 30 de junio de 2017. Sin embargo, de conformidad con la presentación de impedimento de la Magistrada Diana Fajardo Rivera, aceptado mediante auto de 4 de diciembre de 2017, correspondió la ponencia al despacho del Magistrado Carlos Bernal Pulido.

### 2.2. Problemas jurídicos

52. Para esta Sala de Revisión, el asunto planteado por la presente acción de tutela impone la necesidad de verificar si ¿La inexistencia de una política pública integral y concreta para la atención de las necesidades básicas de las niñas y niños de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó, implica una vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la igualdad, por parte de las autoridades de los niveles nacional, departamental y municipal?

53. Previo a resolver este interrogante de fondo, la Sala verificará si en las condiciones del caso concreto, la acción de tutela interpuesta cumple con los requisitos de procedibilidad legal y jurisprudencialmente exigibles.

54. La Sala de Revisión verificará si la acción de tutela estudiada, cumple con la exigencia de procedibilidad, para lo cual se tendrán en cuenta los requisitos de relevancia constitucional: legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

#### 2.3.1. Procedencia de la acción de tutela

55. El asunto sometido a consideración de esta Sala de Revisión reviste relevancia constitucional al involucrar los derechos a la vida, a la salud y a la igualdad de las niñas y niños de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule, asentadas en el Departamento del Chocó.

56. Frente al examen de procedibilidad de la solicitud de tutela, se tiene que de acuerdo con su consagración expresa en el artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario por medio el cual toda persona puede acudir ante el juez para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estima que estos han sido amenazados o se encuentren en riesgo inminente de afectación.[43]

57. De conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución, las disposiciones del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia de esta Corte, son requisitos para la procedencia de la acción de tutela los siguientes: (i) acreditar legitimación en la causa; (ii) acreditarse que el ejercicio de carácter excepcional y subsidiario de la acción respecto de otros medios de defensa judicial o recursos ordinarios y extraordinarios contemplados por la legislación, surge de la necesidad de evitar un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y, (iii) que la interposición del recurso de amparo se ejerce en forma oportuna (inmediatez).

### 2.3.2. Legitimación

58. El Decreto 2591 de 1991, al regular el ejercicio de la acción constitucional, dispuso en su artículo 10 que esta “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”. Así mismo, se establece la posibilidad de agenciar los derechos ajenos cuando su titular no se encuentre en condiciones de promover la solicitud.

#### 2.3.2.1. Legitimación por activa

59. Frente a este primer supuesto de legitimación por activa, se encuentra que la Fundación para la Atención de la Niñez en el Departamento del Chocó -FANICH, actúa en nombre de todos los niños y niñas indígenas de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y

Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó para proteger sus derechos, los cuales estarían siendo vulnerados por varias entidades estatales.

60. Al respecto, esta Corporación en la Sentencia T-466 de 2016 se pronunció en los siguientes términos:

En desarrollo de la protección especial reconocida a favor de los niños, la Constitución establece la posibilidad de que cualquier persona tenga la posibilidad de promover la acción de tutela para la protección de los derechos de los niños[44], al punto de que ha manifestado la jurisprudencia que “cualquier persona puede ejercer una solicitud de amparo a nombre de un niño al que se le amenaza o vulnera un derecho fundamental”[45].

Por lo anterior, a pesar de que la Asociación en el presente caso no tenga una representación completa de la niñez Wayúu, se entenderá que sus manifestaciones se encaminan a la protección de los derechos de los niños, situación en virtud de la cual se entiende cumplido el requisito de legitimación en la causa por activa.

61. De manera que, aplicando el referido criterio jurisprudencial al caso concreto, se encuentra acreditada la legitimación en la causa por activa de la Fundación FANICH.

#### 2.3.2.2. Legitimación por pasiva

62. En cuanto a la legitimación por pasiva, la acción fue dirigida a exigir a entidades del nivel nacional, departamental y municipal el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales para la protección de los menores indígenas del departamento de Chocó.

63. En cuanto a las entidades del nivel nacional, fueron demandadas la Presidencia de la República[46], cinco ministerios[47], dos departamentos administrativos[48] y la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo; y fueron vinculadas dos superintendencias[49] y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). Todas estas entidades tienen algún grado de competencia en la solución de las dificultades invocadas en nombre de los menores indígenas del Chocó en la prestación de (i) servicios de salud, (iii) agua potable, acueducto y alcantarillado, (iii) atención a los problemas de alimentación y (iv) educación, que deben ser atendidos en forma sistémica. En cuanto al tema alimentario, la necesidad no solo se satisface con la entrega de alimentos, sino que igualmente requiere de proyectos

productivos rurales, para generar autosuficiencia, y que estas actividades agropecuarias respeten el medio ambiente de la zona habitada por estas comunidades.

64. En cuanto al nivel territorial, fue demandado el departamento del Chocó[50], ente territorial que de conformidad con las competencias constitucionales[51] es responsable para atender los requerimientos planteados en la demanda.

65. Igualmente, fueron demandados los municipios del departamento de Chocó[52] donde habitan los menores que invocan la protección de sus derechos, entes territoriales que por mandato constitucional[53] también son responsables de la atención de los requerimientos presentados en la acción de tutela.

### 2.3.3. Subsidiariedad

66. En el caso objeto de análisis, son varias las entidades estatales, de los niveles municipal, departamental y nacional, que tienen a cargo atender las necesidades de salud, alimentación y vida digna reclamados por los niños y niñas indígenas de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó, para lo cual se requiere agotar diversos procedimientos administrativos, principalmente de política pública, que impide contar con una respuesta inmediata frente a las necesidades apremiantes de protección y disfrute de los derechos involucrados.

67. Igualmente, en atención a la especial protección otorgada por la Carta Política y los Tratados Internacionales suscritos por Colombia a los niños y niñas, en general, y a las Comunidades Indígenas, en particular, tampoco resulta eficaz y efectivo esperar el trámite de las acciones jurídicas ordinarias que pudieran llegar a identificarse como mecanismos judiciales principales.

68. En esa medida, para evaluar el requisito de subsidiariedad de la presente acción de tutela, corresponde dar aplicación a la regla jurisprudencial fijada por la Corte en la Sentencia SU-097 de 2017[54], conforme a la cual:

“14. En ese contexto, la Corte Constitucional ha considerado, en jurisprudencia constante, pacífica y uniforme, que la acción de tutela procede como mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas.”

69. De manera que, en atención al criterio jurisprudencial expuesto, se entiende cumplido en este caso el requisito de subsidiariedad en la acción de tutela presentada en nombre de los niños y niñas indígenas de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó.

#### 2.3.4. Inmediatez

70. La acción de tutela se presentó el 14 de septiembre de 2016 con fundamento en información sobre morbilidad y mortalidad infantil de los niños y niñas de las comunidades indígenas del Departamento de Chocó, hecho verificado con los reportes presentados por el ICBF (supra 1.1.2.2.10), en los cuales se evidencian las difíciles condiciones de salud y salubridad en esas comunidades indígenas en las anualidades 2015 y 2016.

71. De manera que la Fundación acudió a la acción de tutela en un tiempo oportuno y razonable.

#### 2.4. Actuaciones en sede de revisión

72. Mediante Auto de 21 de septiembre de 2017[55], la Sala Novena de Revisión de Tutela resolvió oficiar a Presidencia de la República – Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia y Consejería Presidencial para la Primera Infancia, Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Ministerio del Interior – Dirección de asuntos Indígenas, Rom y Minorías, Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Defensoría del Pueblo – Regional Chocó, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y al ICBF Regional Chocó, Departamento del Chocó, Secretaría de Educación Departamental – Administración Temporal para el Sector Educativo en el Departamento del Chocó, Secretaría de Salud del Departamento del Chocó, municipios de Riosucio, Lloró, Alto Baudó, Bajo Baudó, Bagadó y Quibdó, Fundación para la Atención de la Niñez en el Departamento del Chocó – Fundación FANICH, a la Asociación de Autoridades de Bajo Baudó – ADAEB, a la Asociación de Cabildos Indígenas Embera, Wounaan, Katío, Chamí y Tule – OREWA, al Consejo Regional Indígena del Chocó – CRICH, y a FEDEOREWA.

73. A cada una de las entidades se les solicitó información relacionada con los hechos

denunciados en la acción de tutela presentada y el ejercicio de sus competencias.

#### 2.4.1. Respuesta de Presidencia de la República[56]

74. Explicó en su respuesta que dentro de los planes de desarrollo 2010- 2014 y 2014-2018 se encuentra la estrategia “De cero a siempre”, y mediante Decreto 4875 de 2011 se asignó la Secretaría Técnica de esta estrategia a la Alta Consejería Presidencial para Programas Especiales, ahora Consejería Presidencial para la Primera Infancia[57], dependencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República -DAPRE.

75. Indicó que mediante la Ley 1804 de 2016 se estableció la política de Estado para el desarrollo de la primera infancia “De cero a siempre” para fortalecer la implementación y sostenibilidad.

76. Preciso que a través de la Consejería Presidencial para la Primera Infancia, la Presidencia de la República ejerce la Secretaría Técnica y coordina el diseño, puesta en marcha, seguimiento y evaluación de las acciones contempladas en el plan de acción de la política de la primera infancia, y explica los roles que desarrollan las entidades del nivel nacional en el desarrollo de esta política de Estado.

77. En cuanto al Ministerio de Salud y Protección Social, señaló que éste define las políticas, planes, programas y proyectos para la promoción de la salud materno-infantil, la prevención de la enfermedad y la vigilancia en la salud pública, siempre por intermedio de las entidades territoriales.

78. Recordó que el Ministerio de Educación Nacional define las políticas, planes, programas y proyectos para el reconocimiento de la educación inicial como derecho fundamental de los niños en el marco de la atención integral durante la primera infancia.

79. Respecto del Departamento Administrativo de la Prosperidad Social, precisó que a esa dependencia le corresponde apoyar los procesos de territorialización y propender por la articulación de acciones con los programas gubernamentales dirigidos a la erradicación de la pobreza extrema, así como ajustar la oferta de servicios en el marco de la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia.

80. En cuanto al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, recordó que de conformidad

con la Ley 1098 de 2006, tiene un doble papel: (i) ente rector, articulador y coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y (ii) como entidad encargada de generar línea técnica y prestar servicios directos a la población que atiende.

81. Igualmente señaló que en la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia también son partícipes el Departamento Administrativo Nacional de Planeación, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, y el Departamento Administrativo del Deporte, la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre (COLDEPORTES).

82. De otra parte, hizo una presentación de las actividades que la Nación ha adelantado en el Departamento del Chocó con las comunidades indígenas, incluido un Convenio con el municipio de Quibdó.

83. Advirtió que la mayor dificultad para atender las comunidades indígenas del Chocó se genera por las condiciones geográficas (para el desarrollo integral de la primera infancia), culturales (carencia de infraestructura y personal adecuado a las condiciones socioculturales), económicas (costos de desplazamiento a los centros de salud), la situación de orden público, y las complejidades para la gestión administrativa (rigidez en los horarios de atención, deficiencias de comunicación e información por condiciones lingüísticas y baja participación en la construcción y ejecución de planes y programas).

84. Sobre las causas estructurales de los altos índices de morbilidad y mortalidad, explicó que tienen origen en pobreza multidimensional, acceso al agua potable, disponibilidad de vías. Como causas intermedias señala la dificultad de acceso a servicios públicos, sociales y de salud, además de la problemática de gestión del servicio de salud por parte de los entes territoriales

85. Destacó que, como resultado del desarrollo de las actividades adelantadas con las comunidades indígenas, se identificaron como retos las adecuaciones técnicas para prestar servicios de salud considerando las condiciones geográficas y culturales.

86. Finalmente, presentó los avances logrados en cada uno de los municipios demandados.

#### 2.4.2. Respuesta del Ministerio de Educación Nacional[58]

87. Indicó que ningún municipio del Departamento del Chocó fue incluido como beneficiario del Convenio 846 de 2016.

88. En cuanto a los beneficiarios del Programa de Alimentación Escolar PAE en el Departamento del Chocó, durante los años 2016 y 2017 presentó los siguientes datos: en el año 2016 en treinta municipios se atendieron a 27.956 indígenas, en Quibdó a 1.043 indígenas. En el año 2017 en treinta municipios se atendieron a 25.205 indígenas, en Quibdó a 394 indígenas.

89. Igualmente informó que, considerando las condiciones culturales y geográficas del Chocó, debe generarse un modelo que permita prestar atención con enfoque diferencial.

90. Señaló que dentro de las acciones que se están desarrollando se encuentran la priorización de establecimientos educativos que atiendan población étnica con la determinación de ciclos de menús que incluyen alimentos autóctonos y tradicionales.

92. Sobre la causa de la desnutrición, el Ministerio manifestó que el programa PAE no es la base de nutricional del niño, el cual debe iniciar en su núcleo familiar, y programa solo es complementario.

93. Sobre los avances en la prestación del servicio de educación a los indígenas, sostuvo que la responsabilidad está asignada a los entes territoriales, y que, en el caso de Chocó, el Ministerio está prestando apoyo a la administración temporal.

94. Presentó información estadística de los contratos ejecutados para prestar servicio de educación a las comunidades indígenas de Chocó.

#### 2.4.3. Ministerio de Salud y Protección Social[59]

95. Informó que se expidió el Decreto 1973 de 2013 para la estructuración de un sistema de salud indígena.

96. En cuanto a la prestación del servicio de salud en Chocó, precisó que del total de 413.354 personas afiliadas, 362.615 están en el régimen subsidiado, con un porcentaje de

cobertura del 84.05%

97. En cuanto a la población indígena, correspondiente niños y adolescentes, el 79% corresponde a población entre 1-5 años.

98. Indicó que las dificultades de atención en salud se originan en las condiciones geográficas (ubicación en zonas rurales o rurales dispersas con dificultades de acceso a los servicios y precaria atención extramural), culturales (carencia de infraestructura y personal adecuado a las condiciones socioculturales), económicos (costos de desplazamiento a los centros de salud), orden público, administrativos (rigidez en los horarios de atención, deficiencias de comunicación e información por condiciones lingüísticas y baja participación en la construcción y ejecución de planes y programas), todas ellas contribuyen a afectar los índices de mortalidad y morbilidad.

99. Señaló que el Ministerio implementó el proyecto Sistema de Salud Propio de los Pueblos Indígenas (SISPI), con el cual se están construyendo modelos de salud propios e interculturales. Para este propósito se creó una mesa de trabajo permanente, con participación del Ministerio de Salud, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda, Departamento de Planeación Nacional, Superintendencia de Salud y 15 delegados indígenas.

100. Informa que específicamente en el Departamento de Chocó formuló el MIAS (Modelo Integral de Atención en Salud para la creación del Modelo Integral de Atención en Salud), con fundamento en un documento con la participación de las entidades estatales y las comunidades indígenas.

101. En cuanto a las causas de la deficiencia del servicio de salud, advirtió que el servicio está fraccionado, es inadecuado y con poca eficacia, dado que existen múltiples aseguradores con modelos de atención y redes de servicios diferentes, aunado a importantes barreras de acceso, como son las administrativas, geográficas y culturales.

102. Finalmente aludió a los avances logrados en la ejecución de un convenio con la Organización Internacional de Migraciones, mediante el cual se llevaron a cabo actividades relacionadas con atención a la primera infancia y se desarrolló el programa ampliado de inmunizaciones con las entidades territoriales.

#### 2.4.4. Ministerio del Interior[60]

103. Manifestó que los problemas de desnutrición y otras enfermedades no pueden ser atendidas por las propias comunidades o cerca de ellas y deben ser trasladados a los centros de atención médica, a lo que se suma que las entidades prestadoras del servicio de salud no asumen el desplazamiento ni los costos del mismo, por lo cual se han presentado denuncias ante la muerte de un menor por deficiencias en la prestación del servicio.

104. Considera que la morbilidad y la mortalidad pueden tener origen en la contaminación de fuentes hídricas, la falta de justa distribución de recursos, el incumplimiento de brigadas de salud. Agrega que otra de las causas de las dificultades está en la falta de articulación de las autoridades administrativas (defensores y comisarios de familia) con las comunidades indígenas, así como en falta de hogares indígenas sustitutos.

105. Finalmente, señaló que otras causas de la problemática existente se encuentran en las dificultades de acceso (condiciones geográficas y dispersión rural), falta de sistemas de energía, orden público.

#### 2.4.5. Superintendencia Nacional de Salud[61]

106. Remitió un informe en el cual explica las actuaciones de inspección, vigilancia y control adelantadas por esa autoridad de policía administrativa, y las respuestas dadas por el Departamento de Chocó a la labor de la superintendencia.

107. Como causas de la morbilidad y mortalidad reportados, señaló que obedecen a dificultades en el reconocimiento oportuno de la necesidad de atención médica, accesibilidad geográfica, limitaciones culturales, deficiencias en los programas de prevención.

#### 2.4.6. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios[62]

108. Remitió un informe en el cual explica las actuaciones de inspección, vigilancia y control adelantadas por esa autoridad de policía administrativa, y las respuestas dadas por

los prestadores de servicios en el Chocó, frente a los requerimientos de la Superintendencia.

109. Mencionó que esta entidad evalúa cobertura y los niveles de prestación de servicios, y que para el Departamento de Chocó se evidencia obsolescencia y/o carencia de infraestructura por parte de los municipios (responsables de la prestación del servicio), representada en redes, plantas de tratamiento, sitios de disposición y otros componentes de los servicios de acueducto y alcantarillado.

110. Informó que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio cuenta con proyectos el proyecto “Todos por el Pacífico” para planes de inversión de proyectos de infraestructura y fortalecimiento institucional.

#### 2.4.7. Departamento Administrativo de la Prosperidad Social [63]

111. Señaló que las dificultades identificadas son la dispersión geográfica de los asentamientos indígenas, dificultades de acceso por carencia de vías de comunicación y procesos de concertación.

112. Sobre los temas particulares del presente asunto, indicó que las dificultades para la atención en salud y en educación tienen que ver con la ausencia de infraestructura cercana a las comunidades, por las condiciones geográficas de la región.

113. En cuanto a las dificultades en materia de nutrición, sostuvo que la causa se identifica por la ausencia de programas de asistencia técnica, pérdida de prácticas tradicionales y falta de recursos para la compra de insumos.

114. Atribuyó las deficiencias en acceso al agua y saneamiento básico, a la falta de infraestructura y contaminación de fuentes hídricas.

115. Sobre los avances en la gestión de estas problemáticas, presentó información estadística respecto del programa “Más Familias en Acción”, el cual se articula con los entes territoriales.

#### 2.4.8. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[64]

116. Presentó los resultados del Convenio 383 de 2016, y registró, con corte a 31 de diciembre de 2016, 19 beneficiarios de la población indígena.

117. En cuanto a las dificultades, se refirió a las condiciones geográficas y de dispersión de las comunidades, orden público (minería ilegal y narcotráfico), registro deficiente y discrepancias internas de las comunidades.

118. Aportó información estadística de los avances en la ejecución de actividades en 2016 hasta agosto de 2017.

#### 2.4.9. Secretaría de Salud del Departamento de Chocó[65]

119. En cuanto a las dificultades identificadas como causa de morbilidad menciona las características geográficas, malas vías de comunicación, falta de medios de transporte y la dispersión, falta de recurso humano capacitado, uso de medicina tradicional. Indicó igualmente que no se cuenta con políticas públicas definidas, que hay escasez de alimentos y desarticulación de los entes responsables.

120. En cuanto a las causas de mortalidad, alude la mala calidad de los servicios, la falta de insumos y medicamentos, la falta de personal, la falta de atención extramural.

#### 2.4.10. Fundación para la Atención de la Niñez en el Departamento del Chocó - Fanich[66]

121. Manifestó que se debe trasladar la carga de la prueba sobre la situación de afectación de los derechos fundamentales de la población infantil indígena del Chocó al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría Departamental, y afirma que una de las mayores dificultades es la corrupción.

122. Con su respuesta aportó el documento titulado “La autonomía educativa indígena en Colombia”[67] elaborado por el señor Carlos Mario Molina Betancur, que da cuenta de la problemática denunciada en esta materia.

#### 2.4.11. Asociación de cabildos indígenas Embera, Wounaan, Katío, Chamí, y Tulé del Departamento de Chocó -OREWA[68]

123. Afirmaron no conocer el programa “Educación inicial con atención integral y enfoque étnico y cultural” que se ha implementado en el Departamento de Chocó, pero explicaron que en todo caso la Asociación contrató con la Secretaría Departamental de Educación la prestación del servicio educativo en el nivel de básica primaria, básica secundaria y media vocacional desde el proyecto educativo cultural territorial indígena “pecti jumara kincha”.

124. En cuanto a las dificultades, indicó el difícil acceso, falta de infraestructura educativa, ausencia de energía eléctrica, falta de conectividad, ausencia de servicios básicos, presencia de grupos armados al margen de la ley, minería ilegal, implementación del PAE con enfoque diferencial, nombramiento de etnoeducadores.

125. Como causas de la problemática en la atención a la comunidad, destaca la falta de enfoque diferencial, la falta de voluntad política, la falta de cupos en los programas del ICBF, la falta de servicios públicos de acueducto y alcantarillado.

126. Además, sobre la mortalidad, señalaron que obedece a la falta de garantías en la prestación del servicio de salud y ausencia de enfoque diferencial, en la implementación y sostenibilidad de la seguridad alimentaria, falta de puestos de salud en sitios estratégicos.

127. La acción de tutela se inició con la presentación de información periodística, aportada por el accionante. Igualmente, con la respuesta de la pluralidad de accionados se logró tener información mucho más clara de la situación de la población infantil indígena del Departamento del Chocó.

128. En segunda instancia y en sede de revisión, en ejercicio de la facultad oficiosa, se solicitó mayor información a las entidades vinculadas al proceso.

129. Debe indicarse que a lo largo del trámite de la tutela ninguno de los municipios demandados contestó o remitió información que permita evidenciar las actividades concretas que han sido desarrolladas por los entes territoriales, para atender los derechos de los niños y niñas indígenas en sus circunscripciones.

130. De la información que integra este expediente, que como se dijo, se conforma con

las respuestas de las entidades demandadas y los informes oficiosamente solicitados en segunda instancia y en sede de revisión por la Corte Constitucional, se evidencia que la población infantil de las comunidades indígenas del Chocó padece serias limitaciones en la atención en salud, alimentación, acueducto y saneamiento básico, reflejados en los datos estadísticos de morbilidad y mortalidad.

131. En cuanto al tema de saneamiento básico, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (supra 1.2.2.1 y 2.4.6), como autoridad de policía administrativa, presentó las estadísticas del Departamento del Chocó, las cuales evidencian, por factores administrativos y geográficos, una baja cobertura del servicio público domiciliario de acueducto y saneamiento básico, precisando que la satisfacción de esta necesidad corresponde a los municipios.

132. En cuanto a la mortalidad infantil de las comunidades indígenas del Chocó, el DANE (supra 1.2.2.3) indicó que sus estadísticas no realizan una desagregación por causa de muerte, pero el dato de mortalidad, con corte a 2014, comparativo con el nacional es: Nacional 19,20 y de Chocó 51,91.

133. El ICBF (supra 1.2.2.7 y 2.4.8) reportó la información sobre indicadores de desnutrición, con cortes a los años 2014, 2015 y 2016, en la cual presenta varios programas y el número de beneficiarios de los programas desarrollados, pero igualmente debe indicarse que no desvirtuó la situación de morbilidad y mortalidad que afecta a estas comunidades indígenas, por causas asociadas a desnutrición infantil.

134. Los antecedentes fácticos y consideraciones previas, atinentes a la acción de tutela interpuesta por la Fundación FANICH, ponen en evidencia la situación de vulneración a los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la igualdad de las niñas y niños indígenas.

#### 2.5.1. Situaciones similares evaluadas por esta Corporación -Sentencia T-466 de 2016

135. La situación que en esta oportunidad ocupa la atención de esta Sala de Revisión, también fue objeto de pronunciamiento por esta Corporación, en su momento, mediante la Sentencia T-466 de 2016, en la cual se pronunció sobre el alcance del deber de protección de los niños del pueblo indígena Wayúu, por parte de las autoridades públicas del orden

municipal, departamental y nacional, así como por parte de las autoridades tradicionales de la comunidad Wayúu, debido a la situación de desnutrición, los problemas de atención en salud y la mortalidad infantil.

136. En la Sentencia T-466 de 2016[69] la Corte evaluó:

- (i) La prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional;
- (ii) Los deberes que se desprenden de la obligación de proteger de manera especial a los niños en dos componentes: el derecho a la alimentación[70] y el derecho a la salud;
- (iii) Por tratarse de niños que pertenecen a una comunidad indígena, el deber de protección teniendo en cuenta sus especiales condiciones de vulnerabilidad y el mandato constitucional de protección de sus usos y costumbres; y
- (iv) La posibilidad de limitar de manera válida la autonomía de los pueblos indígenas en aras de dar cumplimiento al mandato constitucional de especial protección de los niños.

137. Sobre el alcance de la autonomía de los derechos de las comunidades indígenas y los derechos de los niños, la Sentencia T-466 de 2016 indicó:

112. En virtud de lo anterior, resulta claro que, respecto de los derechos de los niños, el ejercicio de la autonomía de las autoridades indígenas no podrá implicar la afectación de su núcleo esencial, a riesgo de desatender el límite que representa la garantía de unos mínimos de convivencia social. Además, hay que tener en cuenta que los niños, como se ha sostenido en la presente providencia, gozan de un estatus jurídico especial, por lo que han sido considerados sujetos de protección constitucional reforzada (ver supra, numeral 59). Ese estatus jurídico especial implica, entre otras, que sus derechos prevalecen respecto de los derechos de los demás, incluyendo los de las comunidades indígenas. Esto se explica por las características del interés superior del niño, en especial por su autonomía (ver supra, numerales 66 y 67). Recuérdese en este sentido que el interés superior del menor de edad se determina con base en la situación especial del niño y no depende necesariamente de lo que los padres o la sociedad consideren lo mejor para ellos.

113. La obligatoriedad del interés superior del niño no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de pueblos indígenas. Por esto, estos están obligados, en el

marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños indígenas la protección especial que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen. Valga mencionar que la Corte Constitucional en ocasiones anteriores había llegado a la misma conclusión, al afirmar que “la Constitución protege de manera especial el interés superior del menor indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica”[71].

138. Dentro de las evaluaciones que realizó esta sentencia, evidenció la poca articulación de las autoridades y las comunidades involucradas en la determinación y desarrollo de políticas públicas, por la ausencia de un mecanismo de concertación, por la falta de aplicación del mandato constitucional que define a Colombia como una república democrática, participativa y pluralista, para la aplicación de los derechos sociales fundamentales.

139. Teniendo presente la protección de los derechos de los niños, la Corte recordó lo ordenado en la Ley 1098 de 2006[72], norma que crea el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y Políticas Públicas de Infancia y Adolescencia.

140. También se ordenó a la Presidencia de la República, a través del DAPRE, la coordinación de todas las entidades responsables del restablecimiento de los derechos de los menores indígenas. Al ICBF y al Ministerio de Salud y Protección Social adoptar las medidas necesarias para la defensa de los derechos protegidos, y a estas entidades del nivel nacional, coordinar su actuar con los entes territoriales y municipales responsables, por autonomía territorial, del cumplimiento de las órdenes impartidas.

141. Igualmente ordenó la elaboración de dos documentos CONPES: el primero destinado al establecimiento de una política nacional de seguridad alimentaria para la niñez Wayúu, y el segundo para la atención en salud de la niñez Wayúu.

142. Esta Sala de Revisión encuentra entonces que los jueces de tutela en primera y segunda instancia mantuvieron la línea trazada por la Corte en la sentencia T-466 de 2016, al reconocer la necesidad de avanzar en la formulación de políticas públicas en favor de los niños y niñas indígenas del Departamento del Chocó, a partir de los escenarios legalmente establecidos en la Ley 1098 de 2006, como son los Consejos Departamentales y

Municipales de Política Social, y determinó los entes responsables de esa coordinación, lo cual resulta acorde con la respuesta dada por el DAPRE en esta tutela (supra 2.4.1).

#### 2.5.2. Análisis y las conclusiones sobre la vulneración de los derechos fundamentales en el caso concreto

143. El accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la igualdad de las niñas y niños indígenas pertenecientes a los resguardos de dichas comunidades indígenas, ubicados en los municipios de Lloró, Bajo Baudó, Alto Baudó, Riosucio y Bagadó originados por falencias en la prestación del servicio público de salud, falta de una alimentación adecuada para los menores indígenas, mala calidad en agua para consumo humano y deficiencias en la calidad de la educación.

144. En el expediente se logró probar varios niños indígenas han muerto por causa de esta compleja situación de desprotección (supra 1.1.12), y con los informes presentados por la entidades demandadas, excepto los municipios, se evidenció que los entes estatales que respondieron la tutela han desarrollado actividades tendientes a mejorar y superar las difíciles condiciones de salud, acueducto y saneamiento básico, alimentación y educación, pero a pesar de las actividades realizadas, los indicadores de morbilidad, mortalidad y desnutrición, falta de adecuados servicios públicos de acueducto y alcantarillado siguen siendo insatisfactorios.

145. Las condiciones de salud, acueducto y saneamiento básico, alimentación y educación en las cuales desarrollan su vida los niños indígenas de Chocó siguen siendo afectadas por las condiciones[73] geográficas, de orden público, administrativas, económicas y culturales, y las entidades encargadas de darles solución (Nación, departamento y municipios) no han evidenciado una coordinación en la construcción de políticas públicas, con la participación de las comunidades afectadas, y tampoco han evidenciado una coordinación en sus acciones, como lo reconoce el informe del Departamento de Chocó al indicar que no hay políticas públicas (supra 2.4.9).

146. Ante la inaplicación e ineficacia de los mecanismos institucionales[74], la adjudicación de los derechos sociales no puede ser una tarea exclusiva de los jueces. Por el contrario, son los titulares y destinatarios de las políticas públicas quienes están en mejor posición para determinar cuál debe ser el nivel y el modo apropiado de satisfacción de esos

derechos. Por ello, esta Sala de Revisión considera que para efectos de resolver el problema jurídico y atender la violación de los derechos de la población infantil afectada, es necesario aplicar un modelo dialógico de protección de derechos que involucre a las autoridades directamente implicadas en la solución de la problemática específica.

147. Lo anterior parte de la consideración de que, con frecuencia, la exigibilidad judicial de los derechos sociales está en tensión, con otros derechos de rango fundamental como las libertades económicas, el principio democrático, la separación de poderes y las competencias en materia presupuestal y de gasto público del órgano legislativo y de la administración.

148. Por ello, el contenido concreto de los derechos sociales fundamentales está, prima facie, llamado a ser precisado e implementado por las autoridades que ostentan la competencia constitucional y legal para ello[75].

149. El rol del juez constitucional, sin embargo, no debe ser pasivo. En efecto, ante un legislador y una administración inoperantes en materia de derechos sociales fundamentales, el juez está llamado a actuar como garante de los derechos constitucionales. Más aún, si se trata de derechos sociales llamados a satisfacer necesidades básicas radicales[76] o sus titulares son personas en situación de vulnerabilidad[77], el margen de configuración y acción de los órganos competentes en esta materia se ve reducido y, por consiguiente, los deberes y facultades del juez constitucional, son correlativamente ampliados[78].

150. En esos casos –que deben ser siempre excepcionales[79]– al juez le corresponde ponderar los derechos sociales –en su dimensión positiva– con el principio separación de poderes y las competencias presupuestarias de la administración y del órgano de deliberación democrática.

151. En caso de considerar necesario impartir ordenes complejas, ellas deben estar guiadas por los siguientes criterios[80]:

- La necesidad de reducir, simplificar y delimitar en el tiempo las instancias de gestión administrativa, de modo que, en lo posible, la Corte procure que sus órdenes estén llamadas a ejecutarse en el marco de la institucionalidad legal ya existente;

- Un diagnóstico adecuado sobre los niveles de cumplimiento y sobre el papel que, en cada caso, están llamadas a desempeñar las entidades competentes del Estado, que permita al juez establecer grados distintos de control (leve, fuerte o intermedio) en el seguimiento de cada orden, de modo que las decisiones por tomar sean lo menos invasivas posibles en materia de formulación de políticas públicas.
- La evaluación sobre los aspectos puntuales en los que resulta procedente que la Corte cese su intervención, entre otras cosas, cuando existen instancias competentes para liderar su seguimiento y/o este debe delegarse en entidades de control legalmente habilitadas y técnicamente capacitadas para ello.

152. Del mismo modo, como lo ha señalado esta Corporación, cuando el juez de tutela imparte órdenes complejas para conjurar la situación que subyace a la vulneración de derechos, debe[81] (i) Ponderar al momento de concebir el remedio sin suplantar las competencias constitucionales de las instituciones encargadas de diseñar, implementar y evaluar las acciones requeridas para resolver la situación[82]; (ii) Prever un plazo para el cumplimiento de las órdenes complejas[83]; y (iii) estar abierto al diálogo.[84]

153. Precisamente esa apertura al diálogo debe caracterizar el rol del juez constitucional en la protección de derechos sociales. En efecto, ni la definición sobre el modo en que los derechos sociales deben satisfacerse, ni la determinación de los remedios que deben utilizarse pueden ser establecidos de manera exclusiva por el juez constitucional.

154. Por ello, esta Corte ha propuesto un sistema de garantía judicial de derechos sociales que no viole el principio de separación de poderes y permita el ejercicio de una fiscalización de políticas públicas. En consecuencia, aún en las versiones más comprometidas de activismo judicial, más allá de verificar que la política exista, que sea coherente y estructurada, direccionada al objetivo que se exige, y con resultados verificables en cuestión de derechos, lo cierto es que, en términos generales, esta Corte ha reconocido que no puede dictar el cómo se debe hacer esa política pública.

155. La intervención de la Corte Constitucional en los casos de adjudicación de derechos sociales debe hacerse en el marco del diálogo entre los titulares de estos derechos y las entidades competentes[85], quienes son las llamadas al desarrollo del contenido y a la escogencia de los modos de satisfacción, para lograr la solución dentro de una comprensión

sistémica de los problemas.

156. La conducción del diálogo institucional por parte del juez de tutela debe efectuarse con criterios racionales, bajo el respeto de las competencias de los otros poderes públicos y con la consiguiente deferencia que debe procurar frente a las estrategias de política pública que sean propuestas e implementadas.

157. En ese orden de ideas, el juez constitucional propiciará el diseño o el uso de espacios de diálogo bajo reglas metodológicas claras, y con el involucramiento de todas instituciones competentes, en el que sean aquellas las que determinen, en el caso concreto, el contenido de los derechos sociales fundamentales que se consideran conculcados y los programas específicos con los que se pretende su protección.

158. Solo después de que estos canales deliberativos, en los que participen las entidades competentes y los afectados, se hayan surtido, de acuerdo a unas reglas claras y en un término razonable, es que puede entrar el juez constitucional a ponderar, aquí sí, la constitucionalidad de las medidas propuestas, en relación con los derechos sociales invocados, aquellos principios que eventualmente puedan entrar en colisión y otros pilares esenciales como la separación de poderes.

159. Esta estrategia dialógica, aparte de ser más respetuosa de la órbita competencial de los otros poderes públicos, garantiza un control más racional y preciso de la incidencia de las políticas públicas en el goce efectivo de derechos.

160. En consecuencia, se propiciará por un escenario en el que, por medio de un diálogo constitucional, el Estado y la sociedad civil definan el derecho y las medidas viables para la satisfacción de los derechos sociales. Dicho escenario servirá para que conjuntamente definan el problema y la solución. Ello implica que todos los participantes deben actuar de buena fe tanto en la presentación de la información para identificar el problema como en la propuesta de soluciones, las cuales deben ser suficientes, plausibles y corresponder a las reales capacidades de las partes. El diálogo deberá ser incluyente de todos los actores relevantes, que puedan traer información pertinente que resulte constructiva.

161. Como se evaluó en la Sentencia T-466 de 2016, la Ley 1098 de 2006 [86] creó el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y Políticas Públicas de Infancia y Adolescencia, y

como parte de ese sistema creó los Consejos departamentales y municipales de política social los cuales “Tendrán la responsabilidad de la articulación funcional entre las Entidades Nacionales y las Territoriales, deberán tener participación de la sociedad civil organizada y definirán su propio reglamento y composición. En todo caso deberán formar parte del Consejo las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos y el Ministerio Público”, siendo estos los escenarios legalmente establecidos para la construcción de política pública en materia de familia e infancia.

162. En cuanto corresponde al asunto concreto de la presente tutela, la Sala estima que la institución propicia para conducir el diálogo es el Consejo Departamental de Política Pública del Chocó, junto con los Consejos Municipales de Política Pública de Riosucio, Yoró, Pie de Pató, Bagadó y Pizarro. Dichos Consejos tendrán la tarea de coordinar y participar en el diálogo con los representantes de los niños de todas las comunidades indígenas partícipes del presente proceso. De igual manera, deberán garantizar las condiciones logísticas para asegurar su participación.

163. Estos diálogos se llevarán a cabo en al menos una reunión bimestral, comenzando a los quince días de notificada esta sentencia y hasta un año después, o antes si se logra una concertación entre las partes.

164. Por medio de dicho diálogo, todas las partes, en el marco de sus competencias, deberán, entre otros:

- (i) Determinar cuál es y en qué consiste la vulneración del derecho;
- (ii) Identificar cuál es la causa de la vulneración;
- (iii) Señalar cuáles son las políticas públicas existentes en relación con las causas de la vulneración y comprobar su suficiencia para resolver los problemas jurídicos identificados;
- (iv) Calcular si los recursos destinados son suficientes y están siendo utilizados de manera apropiada;
- (v) Estructurar cómo se deben emplear esos recursos

(vi) Establecer medidas de protección a corto, mediano y largo plazo que sean culturalmente apropiadas y que garanticen el interés superior de los menores.

(vii) Proponer medidas plausibles, proporcionales e idóneas para resolver la vulneración de los derechos sociales de los menores indígenas en los municipios del Departamento del Chocó.

165. En la medida de lo posible, del diálogo surgirá un acuerdo que se materializará en el compromiso de la comunidad y las entidades estatales de crear una política pública encaminada a reivindicar y prevenir que se sigan amenazando los derechos tutelados. En todo caso, aún si no se logra un acuerdo, el Estado deberá diseñar y ejecutar una política pública que tenga en cuenta las necesidades y propuestas que la sociedad civil manifestó en el marco del diálogo.

166. De cada reunión se dejará una constancia de lo discutido y aprobado, con base en la cual se elaborará un informe cuatrimestral que será remitido al juez de tutela encargado de verificar el cumplimiento de las órdenes.

## 2.6. Síntesis de la decisión

167. En este proceso se evidenció la violación de los derechos fundamentales de los niños y niñas de las comunidades indígenas del Departamento del Chocó, la cual se infiere de los índices de morbilidad y mortalidad, más altos a los índices del resto del país, situación que tendría lugar principalmente por deficiencias en el suministro de alimentos, en el suministro de agua potable y saneamiento básico y en la prestación de los servicios de salud.

168. Se estableció que las mencionadas deficiencias a su vez tendrían origen en la falta de operación o funcionamiento de los mecanismos institucionales de elaboración y ejecución de políticas públicas, en particular por la inoperatividad de los Consejos de Política Social del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y Políticas Públicas de Infancia y Adolescencia, creados por la Ley 1098 de 2006.

169. Se advirtió que como quiera que el juez de tutela no puede usurpar funciones de los órganos estatales encargados de la elaboración de las políticas públicas, pues se trata de

una competencia exclusiva de los órganos de la rama ejecutiva, para garantizar la protección de los derechos fundamentales afectados por la falta de políticas públicas, lo que sí está llamado a hacer, en aras de la protección requerida, es ordenar a los órganos competentes que activen las instancias legales de dialogo y coordinación institucional para la construcción de las políticas públicas requeridas, en el marco de los principios de democracia participativa.

170. En este sentido, el juez de tutela debe ordenar la participación de todos los responsables de su construcción, ya sean entidades del nivel nacional o territorial, central o descentralizado, con la participación de las comunidades beneficiarias de esas políticas.

171. Con esa comprensión, la Sala de Revisión confirmará las decisiones de instancia que dispusieron el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud, a la vida en condiciones dignas y a la especial protección que merecen los menores indígenas del Chocó, pero ajustará las medidas de protección en el sentido de impartir órdenes tendientes a hacer operante de un mecanismo de concertación institucional, al cual le determinará las condiciones de tiempo, modo y lugar adecuadas para que produzca resultados verificables de avance en la protección efectiva de la población infantil indígena que aquí se protege.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

#### RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del 16 de febrero de 2017 Tribunal Administrativo de Chocó y la sentencia del 6 de abril de 2017 de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado que confirmó y adicionó la sentencia de primera instancia, en cuanto dispusieron TUTELAR los derechos fundamentales a la vida, la salud, a la vida en condiciones dignas y a la especial protección que merecen los menores indígenas del Chocó.

Segundo.- ORDENAR al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (DAPRE) como coordinador, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) como

gestor, al Departamento de Chocó y a los municipios de Riosucio, Lloró, Pie de Pató, Bagadó, Pizarro y Bojayá como agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), que en el término de un año, contado a partir la notificación de esta sentencia a las entidades accionadas y a los tutelantes, constituyan la Mesa Interinstitucional de Diálogo, ajustada en su composición, funciones y reparto de competencias a lo dispuesto en las Ley 1804 de 2016, la Ley 1098 de 2006, y el Decreto 936 de 2013.

La Mesa Interinstitucional de Diálogo, deberá adelantar las siguientes actividades, contando con la efectiva participación del grupo beneficiario de esta medida de protección y teniendo en cuenta el reparto de las competencias de cada entidad:

- (i) Elaborar un diagnóstico completo y detallado acerca de la situación de los niños de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó en materia de desnutrición, acceso al agua y atención en salud, y cuál son factores que confluyen en la vulneración de los derechos fundamentales invocados;
- (ii) Identificar cuáles son las políticas públicas existentes en la actualidad en relación con las causas de esa vulneración;
- (iii) Verificar si existen recursos suficientes para implementar esas políticas y cómo se emplean esos recursos;
- (iv) Identificar medidas específicas de protección a corto, mediano y largo plazo que sean culturalmente apropiadas y que garanticen el interés superior de los menores. Estas deben ser sostenibles, proporcionales e idóneas en relación con la vulneración de los derechos sociales fundamentales de los niños de las comunidades Embera (Katíos, Chamí y Dobidá), Wounaan y Tule del Departamento del Chocó.

La Mesa Interinstitucional de Diálogo deberá realizar como mínimo una (1) reunión bimestral, atendiendo a los lineamientos señalados en los fundamentos jurídicos 154 a 156 de esta sentencia y deberá presentar durante el término de un (1) año previsto en el numeral tercero resolutivo, los siguientes informes trimestrales, que estarán suscritos conjuntamente por el delegado de la entidad pública que lidera la Mesa y el representante designado por la comunidad beneficiaria:

- Primer Informe: Cronograma y metodología de trabajo de la Mesa Interinstitucional, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva participación de los tutelantes.
- Segundo Informe: Documento de diagnóstico completo y detallado acerca en qué consiste y cuál es la causa de la vulneración, y cuáles son las políticas públicas existentes en la actualidad para conjurarlas.
- Tercer Informe: Financiación de las políticas públicas existentes.
- Cuarto Informe: Propuesta de medidas concretas de protección a corto, mediano y largo plazo con identificación de las fuentes de financiación.

Tercero.- REQUERIR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General, para que en el marco de sus competencias, realicen el seguimiento y adopten medidas pertinentes que permitan asegurar la eficacia, eficiencia y efectividad de la orden impartida en esta sentencia.

Comuníquese y cúmplase.

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Se aceptó impedimento

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Folios 20 a 22, 30 a 31, 35-36 cuaderno 1.

[2] Folios 23 a 25 cuaderno 1.

[3] Folio 26 cuaderno 1

[4] Folios 27 a 29 cuaderno 1

[5] Folios 32 a 34 cuaderno 1

[6] Folios 41 y 42 cuaderno 1.

[7] Folios 57 y 58 cuaderno 1.

[8] Folios 39 y 40 cuaderno 1.

[9] Folios 43 a 74 cuaderno 1.

[10] Folios 104 a 109 cuaderno 1.

[11] Folios 119 a 123 cuaderno 1.

[12] Folios 129 a 185 cuaderno 1. Convenio 0846 de 2016 don la OEI y Convenio 383 con el municipio de Quibdó.

[14] Folios 203 a 205 cuaderno 1.

[15] Folios 220 a 225 cuaderno 1.

[16] Folios 225 a 237 cuaderno 1.

[17] Folios 238 a 243 cuaderno 2.

[18] Folios 210 y 211 cuaderno 1.

[19] Folios 212 a 216 cuaderno 1.

[20] Folios 217 a 219 cuaderno 1.

[21] Folios 262 a 279 cuaderno 1.

[22] Folios 280 a 363 cuaderno 2.

[23] Folios 686 a 691 cuaderno 3.

[24] Folios 756 a 757 cuaderno 3.

[25] Folios 760 a 767 cuaderno 3.

[26] Folios 801 a 811 cuaderno 3.

[27] Folios 828 a 832 cuaderno 3.

[28] Folio 834 y un CD rom, cuaderno 3.

[29] Folios 12 a 24 cuaderno 4

[30] Quibdó, Itsmina, Alto Baudó y Riosucio

[31] Carmen de Atrato, Bojayá, Bagadó, Bajo Baudó (Pizarro), Carmen del Darién y Riosucio

[32] 1.965 Niños y niñas menores de dos años y 1.232 mujeres gestante y madres en lactancia

[33] Carmen de Atrato, Bojayá, Bagadó, Bajo Baudó (Pizarro), Carmen del Darién, Riosucio, Alto Baudó, Atrato, Bahía Solano, Cantón de San Pablo, Carmen de Atrato, Itsmina, Litoral del San Juan, Lloró, Medio Atrato, Medio Baudó, Nuquí, Quibdó, Tadó

[34] Conforme a la definición de la Ley 1448 identificadas en el RUV.

[35] Folios 782 a 786, cuaderno 3.

[36] Folios 843 a 846 cuaderno 3

[37] Folios 217 a 231 cuaderno 5

[38] Folios 429 a 448 cuaderno 5.

[39] Folios 295 a 360 cuaderno 5. Acompañó a la impugnación el documento “Colombia Siembra 2016-208” sobre programas desarrollados por ese ministerio.

[40] Folios 362 a 424 cuaderno 5

[41] Folios 455 a 488 cuaderno 5.

[42] El 18 de abril de 2017 el DAPRE solicitó la declaratoria de ineficacia de todo lo actuado desde la notificación del auto admisorio 2 de febrero de 2018 por indebida notificación a esa entidad, argumentado que la notificación de la demanda había llegado al correo institucional, pero por políticas de seguridad del DAPRE no pudo ser leído oportunamente. Mediante Auto de 3 de mayo de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado rechazó por improcedente la nueva solicitud de nulidad, toda vez que el conocimiento tardío de la demanda de tutela obedeció a responsabilidad exclusiva del DAPRE en el manejo de sus sistemas de correspondencia electrónica.

[43] Sentencia T-020 de 2016.

[44] En efecto, el artículo 44 Constitucional señala que “[...] La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores” (subrayado fuera del texto original).

[45] Ver, entre otras, sentencias T-462 de 1993, T-605 de 2005, T-165 de 2006 y T-632 de 2013.

[46] Presidencia de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Consejería Presidencial para la Primera Infancia.

[47] Ministerio de Educación Nacional, Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

[49] Superintendencia Nacional de Salud y Superintendencia de servicios públicos domiciliarios.

[50] Secretaría de Salud departamental de Chocó y la Administración temporal para el sector educativo de Chocó

[51] Constitución Política, artículos 297 a 310.

[52] Municipios de Riosucio, Lloró, Pie de Pató, Bagadó, y Pizarro

[53] Constitución Política, artículos 311 a 321

[54] Sentencia SU 133 de 2017: “139. La tutela es procedente, en segundo lugar, porque satisface el requisito de subsidiariedad. Que los accionantes cuestionen un acto administrativo no implica, como lo supone la Agencia Nacional de Minería, que deban formular sus pretensiones ante la jurisdicción contenciosa. [...] Al respecto, es preciso considerar que la tutela objeto de estudio propone un auténtico debate sobre derechos fundamentales que trasciende del juicio que pueda llevarse a cabo en el escenario de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho sobre la orden de cierre y desalojo. Los accionantes cuestionaron la decisión porque consideran que vulneró sus derechos al trabajo, a la libertad de oficio, al mínimo vital y al debido proceso. También cuestionaron los actos administrativos que la anteceden –los que autorizaron las cesiones de títulos mineros en la parte alta del cerro El Burro-, en tanto se adoptaron sin el concurso de las personas, familias y comunidades que podrían haberse visto afectadas por ellos.”

[55] Folios 86 a 95 cuaderno 6.

[56] Folios 140 a 156 cuaderno 6.

[57] Decreto 1649 de 2014

[58] Folios 157 a 171 cuaderno 6.

[59] Folios 194 a 208 cuaderno 6

[60] Folios 209 a 211 cuaderno 6

[61] Folios 214 a 218 cuaderno 6.

[62] Folios 230 a 232 cuaderno 6

[63] Folios 233 a 257 cuaderno 6.

[64] Folios 259 a 274 cuaderno 6.

[65] Folios 326 a 329 cuaderno 6

[66] Folios 331 y 332 cuaderno 6

[67] Folios 333 a 348 cuaderno 6.

[68] Folios 351 a 354 cuaderno 6.

[69] Sentencia T-466 de 2016. “En cuanto a la prevalencia de los derechos de los niños se fundamentó en dos principios, (i) la no discriminación[69] y (ii) el interés superior del menor de edad, sobre los cuales indicó: “Al respecto, ha dicho que este es concreto, en la medida que solo puede determinarse atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, por lo que no cabe definirlo a partir de reglas abstractas de aplicación mecánica[69]; es relacional, por cuanto afirmar que a los derechos de los niños se les debe otorgar una “consideración primordial” o que estos “prevalecen” (ver supra, numeral 59), implica necesariamente que este principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación; no es excluyente, ya que afirmar que los derechos de los niños deben prevalecer es distinto a sostener que estos son absolutos y priman de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos[69]; es autónomo, en la medida en que el criterio determinante para establecer el interés superior del niño es la situación específica del niño, incluso cuando dicho interés pueda ir en contradicción con los intereses o las preferencias de los padres, familiares o un tercero; y es obligatorio para todos, en la medida que vincula a todas las autoridades del Estado, y no solo a ellas, sino también a la familia del niño y a la sociedad en general.”

[70] Sentencia T-466 de 2016: 95. Además, es preciso señalar que la efectiva protección de los derechos a la alimentación y al disfrute del más alto nivel posible de salud está “indisolublemente asociado” al suministro de agua, ya que este elemento es esencial para producir alimentos y para la higiene personal. Por esta razón, como parte del derecho a la

vida, a la supervivencia y al desarrollo de los niños, a estos se les debe garantizar acceso al agua de manera continua y suficiente, en condiciones de salubridad y accesibilidad

[71] Ver sentencia T-921 de 2013.

[72] Artículo 201. Definición de políticas públicas de infancia y adolescencia. Para los efectos de esta ley, se entienden por políticas públicas de infancia y adolescencia, el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes.

[...]

Artículo 204. Responsables de las políticas públicas de infancia y adolescencia. Son responsables del diseño, la ejecución y la evaluación de las políticas públicas de infancia y adolescencia en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal, el Presidente de la República, los gobernadores y los alcaldes. Su incumplimiento será sancionado disciplinariamente como causal de mala conducta. La responsabilidad es indelegable y conlleva a la rendición pública de cuentas.

En el nivel territorial se deberá contar con una política pública diferencial y prioritaria de infancia y adolescencia que propicie la articulación entre los Concejos Municipales, Asambleas y Congreso Nacional, para garantizar la definición y asignación de los recursos para la ejecución de la política pública propuesta.

El Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Educación, con la asesoría técnica del ICBF deberá diseñar los lineamientos técnicos mínimos que deberán contener los planes de desarrollo, en materia de infancia y adolescencia teniendo en cuenta el ciclo de vida, el enfoque de garantía y restablecimiento de derechos.

El gobernador y el alcalde, dentro de los primeros cuatro (4) meses de su mandato, realizarán el diagnóstico de la situación de la niñez y la adolescencia en su departamento y municipio, con el fin de establecer las problemáticas prioritarias que deberán atender en su Plan de Desarrollo, así como determinar las estrategias a corto, mediano y largo plazo que se implementarán para ello.

Las Asambleas y Concejos para aprobar el plan de desarrollo e inversión deberán verificar que este se corresponda con los resultados del diagnóstico realizado. Para esto requerirán al gobernador y al alcalde, para que lo den a conocer antes del debate de aprobación del Plan de Desarrollo.

Parágrafo. La totalidad de los excedentes financieros derivados de la gestión del ICBF se aplicará a la financiación de las políticas públicas de Infancia y Adolescencia definidas en esta ley.

[...]

Artículo 207. Consejos departamentales y municipales de política social. En todos los departamentos, municipios y distritos deberán sesionar Consejos de Política Social, presididos por el gobernador y el alcalde quienes no podrán delegar ni su participación, ni su responsabilidad so pena de incurrir en causal de mala conducta. Tendrán la responsabilidad de la articulación funcional entre las Entidades Nacionales y las Territoriales, deberán tener participación de la sociedad civil organizada y definirán su propio reglamento y composición. En todo caso deberán formar parte del Consejo las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos y el Ministerio Público.

En los municipios en los que no exista un centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la coordinación del sistema de bienestar familiar la ejercerán los Consejos de Política Social.

Los Consejos deberán sesionar como mínimo cuatro veces al año, y deberán rendir informes periódicos a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales.

[73] En estas conclusiones coinciden el DAPRE (supra 2.4.1), Ministerio de Salud (supra 2.4.3), Ministerio del Interior (supra 2.4.4), Departamento Administrativo de la Prosperidad social (supra 2.4.7), Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (supra 2.4.8)

[74] Desde la promulgación de la Ley 1098, en la organización política de Colombia se cuenta con el escenario idóneo para la elaboración y ejecución participativa de políticas públicas de infancia y adolescencia, y corresponde a todos los actores hacer eficaces estos escenarios institucionales.

[75] Léase, por ejemplo el Congreso de la República, Rama Ejecutiva, entidades territoriales, etc.

[76] Como lo son por ejemplo el derecho al agua, la alimentación básica y la atención en salud.

[77] Máxime tratándose, de los derechos de los niños (prevalentes a la luz del artículo 44 de la Constitución).

[78] Así, entre más estrecha sea la relación de las posiciones jurídicas reclamadas con i) el derecho fundamental al mínimo vital, ii) con los derechos prevalentes de los niños y iii) con personas bajo alguna situación objetiva de vulnerabilidad, mayor será la intensidad de la intervención del juez constitucional, en detrimento de la libertad configuradora y de implementación de los respectivos poderes públicos competentes.

[79] Como lo recordó la Corte Constitucional en el Auto 693/2017, en relación con la protección de los derechos fundamentales de los integrantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en un Estado cuya base la conforman los principios de legalidad y separación de poderes, la intervención del juez constitucional en políticas públicas, ya sea que actúe en sede de constitucionalidad, como juez de tutela, en el seguimiento al cumplimiento de sus órdenes o, inclusive, en el marco de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional, debe ser excepcional.

[80] Las Corte también ha considerado importante distinguir, recientemente, entre órdenes complejas y órdenes estructurales. Las primeras consagran un entramado de acciones, ejecutadas por instituciones coordinadas, que deben llevarse a cabo para intervenir en el asunto concreto y en el marco de las denuncias hechas en el escrito de tutela, con el fin de asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales, con independencia de si existe o no una declaratoria estado de cosas inconstitucional en la materia. Las órdenes estructurales, por su parte, están indisolublemente ligadas al estado de cosas inconstitucional, y son las que orientan o reorientan, de forma amplia y completa, la estrategia de superación de aquel. De allí que, en buena medida porque tienen la potencialidad de ser mucho más exigentes en materia de diseño e implementación de políticas públicas, las órdenes estructurales solo pueda proferirlas esta Corte, no así otro juez de tutela. Por ello, “la orden compleja debe ir dirigida a dinamizar la actuación de las autoridades competentes y a

superar el bloqueo institucional que trae consigo la transgresión masiva y sistemática de derechos fundamentales” y, en ningún caso, a definir de manera precisa lo que estas autoridades deben hacer, ni a suplantar las competencias constitucionales de las instituciones encargadas de diseñar, implementar y evaluar las acciones requeridas para resolver la situación”. Corte Constitucional, Auto 548 de 2017, Estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria y carcelaria.

[81] *Ibíd*em, fundamento No. 12.

[82] Corte Constitucional, sentencia T-388/2013. Señala la Corte: “El propósito del juez de tutela no es suplantar o adquirir una suerte de papel de guía permanente de la Administración. Sus órdenes deben estar encaminadas a que las autoridades correspondientes dejen de omitir sus funciones o de realizar acciones en contra de ellas; su éxito consistirá en que las autoridades y actores sociales respectivos retomen la senda constitucional y se encarguen de continuar con la labor de asegurar el goce efectivo de facetas prestacionales de realización progresiva de un derecho fundamental. // Cuando un juez constata la violación o la amenaza a un derecho fundamental y para removerla requiere impartir una orden compleja, no corresponde al juez de tutela definir de manera precisa y detallada qué se debe hacer. El juez de tutela debe impartir las órdenes que aseguren que la autoridad competente en democracia tome las medidas de protección que correspondan. No puede el juez sustituir a las autoridades competentes y tomar las decisiones que a dichas autoridades les corresponden”.

[83] Esta Corporación ha señalado que “las órdenes complejas normalmente implican el transcurso de un periodo significativo de tiempo antes de que se pueda concretar una solución definitiva, puesto que usualmente es necesario el concurso de acciones administrativas por parte de diferentes autoridades.” Ver, Sentencia T-306 de 2015.

[84] Corte Constitucional, sentencia T-109/2015.

[85] Como se mencionó en la evaluación de la legitimación por pasiva (*supra* 2.3.2.2), son varias las entidades que deben participar en la solución de las necesidades de los menores de las comunidades indígenas del departamento de Chocó.

[86] De conformidad con el Artículo 207 de la Ley 1098 de 2006, Artículo 207, “En todos

los departamentos, municipios y distritos deberán sesionar Consejos de Política Social, presididos por el gobernador y el alcalde quienes no podrán delegar ni su participación, ni su responsabilidad so pena de incurrir en causal de mala conducta.” (Se destaca)