

Sentencia T-058/19

Referencia: Expediente T-6.764.333

Acción de tutela interpuesta por María del Carmen González Pushaina y Yakelin Ipuana Epinayu contra el Ministerio de Educación Nacional y la Administradora Temporal del Sector Educativo del Departamento de La Guajira, Distrito de Riohacha y los Municipios de Uribia y Maicao

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El veinte (20) de diciembre de 2017, María del Carmen González Pushaina y Yakelin Ipuana Epinayui, como madres de familia de la comunidad indígena Wayú Jamichimana, interpusieron acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional (en adelante, MEN) y la Administradora Temporal del Sector Educativo del Departamento de La Guajira, Distrito de Riohacha y los Municipios de Uribia y Maicao (en adelante, la Administradora), solicitando la protección de los derechos fundamentales a la educación de menores indígenas en contexto propio, igualdad, consulta previa, debido proceso y autonomía de las comunidades indígenas, buscando que se ordene a las accionadas realizar el procedimiento de consulta previa con el fin de que la comunidad defina si acepta o no que los niños de la comunidad se matriculen en otra escuela; así mismo, solicitan que se adelante el procedimiento a que haya lugar para efectos de “[o]btener el código DANE para la escuela en la comunidad Jamichimana”¹ y que se autorice la matrícula de los menores en dicha aula.

¹ Folio 4, cuaderno 1.

B. HECHOS RELEVANTES

2. Según lo manifestado por las tutelantes, como es común en el Distrito de Riohacha y en los territorios Wayuú en todo el departamento de La Guajira, hace aproximadamente diez (10) años viene funcionando una escuela satélite en la comunidad Jamichimana² la cual no cuenta con código DANE.

3. Como lo ponen de presente las accionantes, en el marco de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio de educación, según el Decreto-Ley 028 de 2008, la Administradora ha iniciado actividades tendientes a organizar el funcionamiento del servicio público educativo, en particular, de las escuelas satélite.

4. De conformidad con la información suministrada por las tutelantes, en lo relacionado con el nombramiento de docentes en la zona rural indígena, los docentes requeridos fueron designados y avalados por su autoridad tradicional -debidamente reconocida y posesionada-.

5. El veinticuatro (24) de noviembre de 2017, la Gerente designada para el Sector Educación en el Distrito de Riohacha, Administradora Temporal, mediante Resolución 869³ resolvió “no aprobar la solicitud de legalización del aula satelital denominada aula JAMICHIMANA, de conformidad con la parte motiva de esta Resolución”⁴.

6. Para las accionantes, dicha decisión no tuvo en cuenta, entre otros aspectos, (i) el contexto étnico de los pueblos Wayuú y las situaciones cotidianas que hacen que las comunidades tengan la necesidad de tener sus propias escuelas – como ha sucedido con comunidades cercanas. Asimismo, indicaron que cumplieron las exigencias arquitectónicas requeridas por la Administradora en sus visitas (tales como la construcción de una cocina étnica, comedor y baños) pese a que son un clan sin muchos recursos económicos; tampoco (ii) la voluntad de la comunidad y su autoridad tradicional. Finalmente, afirman que la decisión (iii) conlleva a que los menores acudan a otras escuelas, separándolos de sus familias y generando situaciones que pueden destruir “el

² Ubicada aproximadamente a cinco (5) kilómetros de Riohacha en la vía que conduce a Santa Marta (localización de la comunidad: Riohacha). Las accionantes adjuntan “registro de control y asistencia escolar” del mes de julio 2017 suscrito por la docente Lourdes María Ballesteros Pushaina, que relaciona los nombres, apellidos, tipo y número de identificación, grado (0° a 5°) de *veintiocho (28) menores de edad pertenecientes a la sede Jamichimana* del “Centro Etnoeducativo No. 12- Muurai Sede Principal” (Folio 10, carpeta 1).

³ Folios 7-9, cuaderno 1.

⁴ “[E]n fecha 17 y 22 de agosto de 2017 la Gerencia educativa por intermedio del área de cobertura realizó visitas al aula denominada JAMICHIMANA (Centro Etnoeducativo No. 12), encontrándose: cuenta con aula típica en buen estado; se encuentra ubicado a 4 kilómetros de Riohacha en la vía que conduce a Santa Marta; con vías de acceso en regular estado; no cuenta con batería sanitaria u orinal; no cuenta con cocina típica; que se encuentra ubicada cerca al Centro No. 15; se encontró un docente nombrado para la sede principal del Centro No. 12 y tiene 28 estudiantes los cuales se encuentran registrados en el sistema en la sede principal; la comunidad está conformada por 10 familias (...) Conforme a los hallazgos arriba enumerados se pudo demostrar: (i) que los estudiantes no se encuentran recibiendo el servicio de educación en condiciones dignas, (ii) no se garantizan sus derechos constitucionales, lo cual no permite una mejor formación (...), (iii) que se encuentra cerca al centro etnoeducativo No. 15, motivo por el cual se negará la solicitud de legalización del aula satélite denominada Jamichimana” (Resolución 869 de 2017 “Por medio de la cual se resuelve solicitud de legalización del aula satélite Jamichimana”).

*frágil etnosistema que hemos logrado preservar, poniendo en riesgo la tranquilidad de nuestras familias*⁵ así como una deserción escolar masiva.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

7. Mediante auto del veintiuno (21) de diciembre de 2017, el Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Riohacha resolvió admitir la acción de tutela instaurada. El veintisiete (27) de diciembre de 2017 ordenó vincular a la Gobernación del Departamento de La Guajira y a la Secretaría de Asuntos Indígenas del Departamento y, el tres (3) de enero de 2018, ordenó vincular al Ministerio del Interior.

Ministerio de Educación Nacional⁶

8. Margarita María Ruíz Ortigón, como asesora de la Oficina Jurídica del MEN, contestó la demanda manifestando que dicha cartera no está legitimada por pasiva pues dentro de las funciones de la Administradora, durante la vigencia de la medida correctiva, se encuentra el ejercicio de las competencias establecidas en virtud de la Ley 715 de 2001. Agregó que, al tratarse de la realización de una consulta previa, el Ministerio del Interior es quien tiene la competencia para esos efectos.

Administradora Temporal del Sector Educativo del Departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los municipios de Maicao y Uribia⁷

9. Alba Lucía Marín Villada, actuando en calidad de Administradora Temporal para el Sector Educativo en el Departamento de La Guajira rindió informe manifestándose en torno a la existencia y funcionamiento indebido de varias ‘aulas satélite’ en dicho territorio así como a la proliferación descontrolada de las mismas. Dicha situación motivó la intervención del sector educativo y ha originado el desarrollo de auditorías⁸ por parte de gerencia en educación del Distrito de Riohacha, a través del área de cobertura.

⁵ Folio 5, cuaderno 1.

⁶ Folios 73-74, cuaderno 1.

⁷ Folios 28-72, cuaderno 1.

⁸ El 22 de agosto de 2017 se llevó a cabo una visita a la comunidad Jamichimana a la cual asistieron la docente Lourdes Ballesteros, la autoridad tradicional (Agustín Ballesteros), José Francisco Ballesteros (Director Rural) y representantes de la administración temporal. En dicha visita se resaltaron, entre otros aspectos, los siguientes: la existencia de vías de acceso en regular estado, el número de familias que componen la comunidad (10); el abastecimiento de agua a través de carro tanques transportados desde Riohacha. Asimismo, a folios 37-61 se adjunta al informe el (i) acta de reunión No. 5 del Comité de Cobertura del 30 de agosto de 2017 y, a folios 61-70 se adjunta el (ii) acta de reunión No. 12 de Comité de Cobertura del 04 de octubre de 2017, ambos obrantes en el cuaderno 1. En la **primera acta**, se indicó lo siguiente en punto a la comunidad Jamichimana “*Esta comunidad se encuentra conformada por 10 familias, para tener acceso al agua es mediante carro tanques. Se evidencia una UCA de Bienestar Familiar que atiende 17 niños. No se evidencia baño, cocina y comedor, pero la autoridad tradicional se compromete a construirlos*” / “*Se evidencia un aula típica con cerramiento total en buen estado, en donde la docente Lourdes Ballesteros, nombrada para la sede principal del centro etnoeducativo No. 12 atiende un multigrados de los grados 0 a 5 con una matrícula de 28 estudiantes reportados en dicho centro. De los cuales se encontraron 26 presentes y 2 ausentes. El parcelador está bien diligenciado, el observador debe actualizarse*” / “*Se discutió dentro del comité que geográficamente esta sede [Jamichimana] está más cerca al centro etnoeducativo No. 15 pero dado que la comunidad está ligada por lazos familiares al No. 12, se ha dispuesto de esta manera. La profesora Petrona B. sugiere que dada la organización se debe revisar la posibilidad de trasladarse al No. 15, comenta que se debe citar a la autoridad*”

10. Frente al nombramiento de educadores⁹, informó que las autoridades tradicionales otorgaron aval para unos docentes que fueron nombrados para la *sede principal* del Centro Etnoeducativo No. 12 y no para el aula satélite ubicada en la comunidad Jamichimana pues no se encontraba legalizada. Teniendo en cuenta la responsabilidad de la gerencia educativa no se puede aprobar una sede [satélite] que no cumpla con el mínimo de requisitos para la prestación del servicio en condiciones dignas, por lo que la habilitación no obedece al capricho de la autoridad educativa, sino a un estudio técnico a través del cual se determina su conveniencia y necesidad de acuerdo al cumplimiento de ciertos requisitos previamente determinados.

11. Aclaró que el concepto de ‘*aula satélite*’ fue diseñado para prestar el servicio de educación a sectores o comunidades impenetrables por la dificultad en las vías de acceso o distancias a recorrer. En este sentido, la existencia de un centro etnoeducativo cercano impide la aprobación de un aula satélite pues violaría flagrantemente la naturaleza de dichas aulas. Así pues, la Administradora ha presentado alternativas para proteger el derecho a la educación de los menores de la comunidad Jamichimana, por ejemplo, a través de la garantía de cupos en la sede Cachaca perteneciente al Centro Etnoeducativo No. 15. En este orden, la Administradora solicitó que se deniegue la acción de tutela por no existir vulneración a los derechos fundamentales alegados.

Gobernación del Departamento de La Guajira

12. Según consta en el respectivo expediente, la Gobernación del Departamento de La Guajira *no* se pronunció ni emitió respuesta alguna en el trámite de tutela.

Secretaría de Asuntos Indígenas del Departamento de La Guajira¹⁰

13. Xiomara Curvelo Ipuana, en calidad de Secretaria de Asuntos Indígenas del Departamento de La Guajira, presentó respuesta indicando que lo manifestado y pretendido en la acción de tutela carece de fundamentos de hecho y derecho, motivo por el cual solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela así como su desvinculación de la misma al no ser de su competencia lo aquí pretendido.

*tradicional y verificar la cercanía con otros centros educativos y reorganizar la ubicación, tratando de disminuir la distancia que deben recorrer los niños por temas de seguridad” / “El comité conceptúa que la decisión queda aplazada hasta tanto no se verifiquen los compromisos o se revise la posibilidad de reorganizarlo en el centro No. 15”. En la **segunda acta**, se indicó “No debe aprobarse [el aula de la comunidad Jamichimana] por la cercanía a la sede Campoalegre del Centro Etnoeducativo número 1 y el centro 15. (...) se evidencia que está cercana a la sede campo alegre y sede la laguna del centro educativo número 1 y la sede principal del centro 15 por tanto el comité NO SE APRUEBA y los niños deben atenderse en la sede campo alegre y estos quedarían (sic) anexados al centro etnoeducativo No. 15 según sugiere el comité”. Iguales conceptos obtuvieron las siguientes aulas satélite: el horno Playa, Sirapumana, el Pajal, Cachaca Sector Playa, Sabanatico, Plazoleta.*

⁹ Frente al nombramiento de docentes, señala que de conformidad con los Acuerdos de Consulta Previa la autoridad tradicional de Jamichimana fue parte y otorgó aval para unos docentes que fueron nombrados en la sede principal del Centro Etnoeducativo No. 12. Tuvo lugar los días 21, 22 y 25 de noviembre de 2016 y los meses de febrero y abril de 2017.

¹⁰ Folios 21-27, cuaderno 1.

14. Jorge Eliecer González Pertúz, en calidad de Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, manifestó que la consulta previa no es procedente en el presente caso, esto es, para efectos de determinar si acepta o no que los menores sean matriculados en otra escuela, toda vez que “(...) *ello resultaría PERJUDICIAL, frente al interés superior del menor, que se encuentra por encima de los demás derechos*”¹². Asimismo, resaltó la ausencia de vulneración del derecho a la consulta previa de la comunidad Jamichimana pues las situaciones físicas del aula impiden que se desarrolle la adecuada prestación del servicio de educación. De esta manera advirtió que, de concederse la acción de tutela, se afectaría la prestación de del servicio contrariando de forma flagrante los derechos fundamentales de los niños y el interés superior del menor. Por lo demás, indicó que tampoco se aportó prueba alguna que permitiera al juez valorar las supuestas violaciones frente al proceso de consulta previa, trámite que, en este caso, debe ceder ante la posible afectación de los derechos de los niños.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Decisión de primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Riohacha, el cuatro (4) de enero de 2018

15. El Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad resolvió tutelar los derechos a la educación, igualdad, consulta previa, debido proceso y autonomía de las comunidades indígenas, ordenando a la Administradora dejar sin efectos la Resolución 869 de 2017 en el término de cuarenta y ocho (48) horas. Asimismo, en conjunto con el Ministerio del Interior y con el acompañamiento del MEN, le ordenó realizar una consulta previa a la comunidad Wayuú Jamichimana -ubicada en la jurisdicción del Distrito de Riohacha- sobre la decisión de *no legalizar* el aula satélite así como el consiguiente traslado de los niños de la comunidad a otra sede educativa.

16. El juzgado destacó el derecho de las comunidades indígenas a tener una educación especial que garantice sus necesidades; así como el cumplimiento del compromiso en la construcción del baño, cocina y comedor por parte de la comunidad, concluyendo que la razón de la negación fue únicamente la cercanía del aula satélite de la comunidad a un centro etnoeducativo.

17. Así, subrayó que la consulta previa puede realizarse frente a diferentes aspectos y, por ello, el juez constitucional puede ordenar su realización frente a diversas circunstancias toda vez que su aplicación no se restringe a supuestos taxativos. En este caso, según el juez de instancia, la Resolución 869 es una medida administrativa que afecta directamente a la comunidad Jamichimana ya

¹¹ Folios 81-110, cuaderno 1.

¹² Folio 82, cuaderno 1.

que los niños que reciben clases en el aula objeto de dicha resolución, deben trasladarse a otro lugar distante de su ubicación, con las implicaciones que de esto puedan surgir. Asimismo, la Administradora, de manera arbitraria, decidió cerrar el aula escolar sin tener en cuenta las percepciones de la autoridad tradicional que representa a esa comunidad.

Impugnación¹³

18. El Ministerio del Interior impugnó la decisión adoptada por el juez de primera instancia, solicitando revocar la providencia pues en su concepto no se han vulnerado los derechos a la educación, a la igualdad y a la consulta previa ya los derechos de los menores, los cuales deben prevalecer, se encuentran de por medio. En tal sentido, “(...) *no es necesario llevar a cabo el trámite establecido en las directivas presidenciales 01 de 2010, 010 de 2013 y demás disposiciones legales, siempre y cuando las entidades accionadas garanticen en los términos establecidos por la corte (sic), esto es “una continua interlocución, para así lograr la mayor efectividad de las medidas y se cumpla la garantía constitucional de satisfacer el derecho constitucional a la educación propia, alimentación, entre otros, en cosmovisión, cosmogonía, cosmología, usos y costumbres”*¹⁴.

19. Argumentó que la Administradora “*realizó mecanismos ágiles e inmediatos tendientes a proteger el derecho a la educación sin someter para su prestación y garantía el trámite administrativo de la consulta previa, ya que dispuso el traslado de los estudiantes al centro etnoeducativo No. 15. el cual cuenta con todos los cupos necesarios para atender a los niños y garantizar el Derecho Fundamental a la Educación de manera digna y con todas las medias (sic) tendientes y previstas en temas de salubridad, formación moral, intelectual y física de los educandos*”¹⁵.

20. Finalmente, obra en el expediente un escrito de impugnación de la Administradora Temporal para el Sector Educativo en el Departamento de La Guajira. Sin embargo, en dicho escrito se evidencia el nombre de otro accionante -perteneciente a otra comunidad indígena- así como diferente número de radicación.

Decisión de segunda instancia: Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Penal, el dieciséis (16) febrero de 2018

21. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha resolvió en segunda instancia (i) revocar la sentencia proferida por el Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad en lo que respecta a los derechos fundamentales de igualdad, debido proceso, consulta previa y autonomía de las comunidades nativas; (ii) conceder el amparo al derecho fundamental a la educación de manera integral, incluyendo el transporte y alimentación de los veintiocho (28) niños matriculados de la comunidad Jamichimana y (iii) ordenar

¹³ Folios 149-153 y 157-181, cuaderno 1.

¹⁴ Folio 152, cuaderno 1.

¹⁵ *Ibidem.* (152, cuaderno 1)

a la Administradora realizar los trámites pertinentes para cubrir lo equivalente al transporte y alimentación de los veintiocho (28) niños de la comunidad Jamichimana que están siendo reubicados en el Centro Etnoeducativo No. 15.

22. Destacó que la consulta previa debe tener lugar antes de la expedición de las decisiones administrativas, lo que no se presentó en este caso así como tampoco una oposición al respecto por parte de la comunidad interesada. Así, al entenderse que la decisión tomada por la Administradora ya está en ejecución, esta “*situación conllevaría al incumplimiento de uno de los requisitos fundamentales que cobija las consultas previas*”¹⁶. En cualquier caso, para el Tribunal, la decisión adoptada por la Administradora estuvo dotada de un proceso de auditoría y socialización con la comunidad, atendiendo a las solicitudes que las mismas autoridades tradicionales presentaron; asimismo, aquella demostró diligencia en aras de superar los impases presentados respecto del cumplimiento de los requisitos de las aulas satélite y de no afectar el derecho a la educación de los menores de la comunidad Jamichimana; concluyendo el *ad quem* que existió efectivamente un diálogo con la anterioridad a dicha determinación. Frente al debido proceso e igualdad alegados, la Resolución 869 dispuso la posibilidad de interponer recursos, cuyo ejercicio no se evidenció en el presente caso, motivo por el cual no podría alegarse su vulneración. Así, el Tribunal de segunda instancia, no encontró vulneración alguna al debido proceso, igualdad, consulta previa y autonomía de las comunidades indígenas.

23. En cuanto al derecho a la educación, resaltó su contenido especial para los pueblos indígenas pues debe tener por objeto conservar sus usos, costumbres y creencias. Aunque la Administradora dispuso el traslado de los estudiantes al Centro Etnoeducativo No. 15¹⁷, el cual “*no se aparta de su entorno socio cultural ya que se encuentra en una zona habitada exclusivamente por miembros de la comunidad Wayuu*”¹⁸, esto constituye -para el Tribunal- una ‘simple manifestación’ al no evidenciarse las condiciones de dicho desplazamiento en términos de cobertura del servicio educativo.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

24. Por medio del auto del treinta y uno (31) de mayo de 2018, la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de la Corte Constitucional dispuso la selección para revisión del expediente T-6.764.333, correspondiéndole esta labor al Magistrado Alejandro Linares Cantillo¹⁹.

¹⁶ Folio 15, cuaderno 2.

¹⁷ No obstante, según lo evidenciado, los padres de familia decidieron matricular a los menores en el Centro Etnoeducativo No. 12. En efecto, obra en el acta de reunión del doce (12) de marzo de 2018 -a la que asistieron María González (madre de familia), Agustín Ballesteros (autoridad), Lourdes Ballesteros (docente), José Francisco Ballesteros (director del CE)-, lo siguiente “*la autoridad tradicional manifiesta que respeta y entiende la decisión de los jueces (...) pero solicita que los niños de Jamichimana sean atendidos en la sede principal del centro etnoeducativo No. 12 para continuar con el dinamismo con el que venían trabajando (...)*”. Medio magnético [CD], No. 87, cuaderno principal.

¹⁸ Folio 18, cuaderno 2.

¹⁹ Folio 9, cuaderno principal.

25. Mediante autos del nueve (09) de julio y nueve (09) de agosto de 2018, el Magistrado sustanciador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión con el fin de recaudar elementos de juicio relevantes para el proceso²⁰.

Auto del nueve (9) de julio de 2018, comunicado mediante oficios OPTB-1828/18 al OPTB-1830/18 del once (11) de julio de 2018

Oficio 2018-ER-164355 del 23 de julio de 2018, suscrito por Gloria Amparo Romero Gaitán, Asesora de la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación Nacional

26. El Ministerio de Educación Nacional, manifiesta que la Constitución planteó la descentralización del Estado. Particularmente, la Ley 715 de 2001 dispuso la descentralización de competencias en relación con el servicio educativo, estableciendo que son las entidades territoriales certificadas quienes tienen facultades para dirigir, organizar y planificar la prestación de este servicio. Dicho esto, según el marco de competencia de la Administradora, a esta le corresponde, entre otras, ejercer durante la vigencia de la medida correctiva de asunción temporal, las competencias que -en virtud de la Ley 715- le corresponden a las autoridades territoriales mencionadas en materia de educación y actuar como jefe del organismo intervenido en la administración del servicio público educativo²¹. Con base en lo expuesto, el MEN concluyó que carece de legitimación por pasiva en la presente acción de tutela y que es la Administradora quien “*debe dar cuenta de estos temas y solicitudes y demás asuntos que de ellos se derive*”²².

Oficio 2018AT00495 del 18 de julio de 2018, suscrito por Alba Lucía Marín Villada²³, Administradora Temporal para el Sector Educación en el Departamento de La Guajira

27. La Administradora Temporal para el Sector Educación en el Departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los Municipios de Maicao y Uribia, mediante oficio del 18 de julio de 2018 manifiesta lo siguiente:

(i) Los estudiantes de la comunidad indígena Wayuú Jamichimana se encuentran actualmente matriculados en el Centro Etnoeducativo No. 12, sede principal (en adelante, el CE). Específicamente, en el primer semestre del año 2018, asistieron a clase en el aula satélite ubicada en la ranchería Jamichimana. Para el segundo semestre del mismo año, iniciaron la atención

²⁰ Ver, Anexo “Contenido de los autos del nueve (09) de julio y nueve (09) de agosto de 2018”

²¹ Sobre la particular señala que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ha conceptuado precisando que “(...) el administrador temporal designado ejerce las competencias y facultades propias del jefe de la entidad intervenida para la administración del servicio público de educación”. (Folio 26, cuaderno principal).

²² Folio 26, cuaderno principal.

²³ Mediante Resolución Número 11992 de 2017 la Ministra de Educación designó a Alba Lucía Marín Villada como Administradora Temporal para el Sector Educación en el departamento de La Guajira; en el Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha; y en los municipios de Maicao y Uribia.

en el CE, debido a que “(...) ya cuentan con la estrategia de transporte escolar, garantizándose así a los estudiantes el acceso y permanencia a la educación”²⁴.

(ii) Que “[e]l aula (refiriéndose, al aula satélite de Jamichimana) no fue legalizada debido a que en aproximadamente 5 Km, se encuentra una (sic) centro etnoeducativo No. 15 legalmente constituida (sic). **No obstante, los padres de familia decidieron dejarlos matriculados en el Centro Etnoeducativo No. 12**²⁵”.

Así mismo, el aula satélite denominada Jamichimana “(...) tiene (i) un encerramiento total en tablas de madera que no cuenta con ventanas que permitan ventilación, (ii) la infraestructura es débil y propensa a accidentes por un eventual colapso de la misma; (...) [n]o se consideró apta debido a que no contaba con (i) una batería sanitaria, (ii) cocina típica y (iii) restaurante



(...)”²⁶.

(iii) Que treinta y seis (36) estudiantes -todos pertenecientes a la comunidad Jamichimana- se encuentran matriculados en el Centro Etnoeducativo No. 12²⁷ quienes recorren una distancia promedio de doce (12) kilómetros desde su lugar de vivienda al CE.

(iv) En tal contexto, la Administradora suscribió una adición al contrato de transporte escolar No. ATP-079-2018 con lo que se brinda transporte a los niños de la comunidad Jamichimana, a través de camionetas y camperos. Adicionalmente, el CE cuenta con la estrategia de alimentación escolar con el operador Wayuú Araurayu.

(v) El CE cuenta con un Proyecto Educativo Comunitario (PEC) que garantiza la protección de la cultura de los estudiantes y una educación con enfoque diferencial al desarrollar lineamientos curriculares basados en el proyecto etnoeducativo de los indígenas Wayuú Ana’Akaipa, el cual se aplica a todo el pueblo Wayuú y no a una(s) comunidades en particular. El propósito de este currículo es “(...) la preservación de la lengua –Wayuunaiki-, aspectos culturales y los conocimientos ancestrales propios del pueblo Wayuú, aclarándose que dichos conocimientos ancestrales y los usos y costumbres

²⁴ Folio 27, cuaderno principal.

²⁵ También se presentaron dos (2) alternativas adicionales: en los Centros Etnoeducativos No. 1 y 15.

²⁶ Folio 31, cuaderno principal.

²⁷ Nueve (9) estudiantes en grado cero; ocho (8) en grado primero; diez (10) en grado segundo; tres (3) en grado tercero; tres (3) en grado cuarto y tres (3) en grado quinto.

milenarios conciernen a toda la nación Wayuú (...)»²⁸. Aclara que el proyecto educativo de cada centro es evaluado periódicamente “con el objetivo de garantizar el desarrollo de los componentes del mismo y conservación del etnosistema Wayuú y sus aspectos culturales más esenciales”²⁹.

(vi) Que los centros etnoeducativos No. 1, 12 y 15 no muestran grandes diferencias entre ellos ya que los tres cuentan con un mismo lineamiento curricular y se rigen por los Decretos 804 de 1995 y 1953 de 2014. Sin embargo, pueden presentarse algunas variaciones en lo que se refiere a prácticas y dinámicas pedagógicas de los etnoeducadores que, por pertenecer a las comunidades, conocen las particularidades y prácticas culturales de su entorno familiar y grupal.

(vii) Los requisitos/criterios mínimos para la legalización de aulas satélite son los siguientes (a) cumplimiento de un mínimo de condiciones mínimas del aula; (b) aptitud de las condiciones de las vías de acceso; (c) existencia de baterías sanitarias y pupitres; (d) distancia con otro centro étnico o aula satélite; (e) número significativo de familias³⁰. Conforme a ello, en el aula satélite denominada “Jamichimana” se identificó lo siguiente:

Criterio de aprobación	Observación
Aula [típica]	Buen estado
Vías de acceso	Regular estado
Batería de baño	No tiene
Cocina Típica	No tiene
Distancia de otro centro	5 Km (Centro Etnoeducativo No. 15)
Número de estudiantes	28 estudiantes
Número de familias de la comunidad	10 familias

En tal escenario, el 04 de octubre de 2017 el Comité de Cobertura emitió concepto de “no aprobación” teniendo en cuenta que “cerca de esta sede se encuentra ubicado el Centro Etnoeducativo No. 15, el cual se encuentra debidamente legalizado”³¹. Asimismo, el 13 de octubre de 2017, el Comité Directivo ratificó y decidió la “no aprobación” del aula satélite y “recomendó reubicar a los niños al (sic) centro Etnoeducativo o sede más cercana”³².

²⁸ Folio 29, cuaderno principal.

²⁹ *Ibidem.* (29)

³⁰ Estos se estructuraron por el Comité de Cobertura de la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha y fueron avalados por el Comité Directivo mediante Acta No. 05 del 30 de agosto de 2017.

³¹ Folio 30, cuaderno principal.

³² *Ibidem.* (30)

(viii) *Que en las visitas realizadas al aula satélite denominada Jamichimana “[s]e encontró un docente nombrado para prestar sus servicios en la sede principal del Centro No. 12 Murray (...)”³³.*

(ix) *En el Distrito de Riohacha uno de los eventos de riesgo identificado era “(...) la desactualización del Directorio Único de Establecimientos”. Concretamente, antes de la adopción de la medida correctiva, la Secretaría de Educación correspondiente, “no realizaba ningún trabajo de campo, que permitiera: (i) tener control desde inspección y vigilancia y (ii) tomar decisiones acertadas (...)”³⁴, lo que no permitía tener información clara sobre la organización del sistema educativo.*

En dicho contexto y en el marco de un diagnóstico inicial, se identificó que “existía un 41% de aulas denominadas como satélite que albergaban a 3.000 estudiantes”³⁵. A partir de ello y en particular, de la incertidumbre acerca de las condiciones de estudio de los niños indígenas, surge la necesidad de emprender un proceso de auditoría y visitas a las comunidades indígenas, con los siguientes resultados:

Resultados Proceso de Auditoría	
<i>Aulas satélite no aprobadas por no cumplimiento de requisitos</i>	27
<i>Aulas abiertas por fallo de tutela</i>	3
<i>Aulas abiertas (que habían sido cerradas temporalmente)</i>	11
<i>Aulas Satélite aprobadas por cumplimiento de requisitos</i>	56
Total de visitas a aulas del Distrito de Riohacha	97

(x) *Finalmente, frente al código DANE explicó que se trata de un número único que identifica al centro educativo ante el MEN-DANE; no contar con él representa no acceder “(...) a beneficios del gobierno nacional en temas educativos, como quiera que no tienen el estatus de establecimiento oficial”³⁶.*

Escrito del 13 de julio de 2018 suscrito por María del Carmen González Pushaina y Yakelin Ipuana Epinayu

28. Las señoras María del Carmen y Yakelin expresan que “[l]a comunidad JAMICHIMANA, es una comunidad ancestral indígena, como cualquiera de las comunidades indígenas Wayuu que sobreviven de la agricultura y las artesanías (...) que cuenta con la dificultad de estar muy apartado de las zonas pobladas y la zona escolar indígena más cercana está a más de 10 kilómetros de distancia Centro Etnoeducativo de Murray (...)”³⁷. Resaltan que “(...)

³³ *Ibidem.* (30)

³⁴ Folio 31, cuaderno principal.

³⁵ *Ibidem.* (31)

³⁶ Folio 32, cuaderno principal.

³⁷ Folio 36, cuaderno principal.

*trasladarse es muy complicado por las vías que en épocas de lluvias se convierten en pantanos lodosos y los animales salvajes entre lo más común las serpientes cascabel que son muy comunes en esta región árida y el fuerte calor (...)*³⁸.

29. Informan que *“a pesar de las dificultades que se están presentando por la no aprobación de la sede satelital de nuestra comunidad, los niños aún se encuentran estudiando en la sede satelital (...) por que (sic) de ser trasladados no lo hubiésemos permitido debido a las condiciones que describimos (...)*³⁹. Manifiestan que, de no habilitarse el aula satélite Jamichimana, no existe ninguna otra opción para recibir clases *“por que (sic) todos los sitios en donde se puede recibir clases se encuentran a más 10 kilómetros de distancia de nuestra comunidad y como anteriormente describimos será peligroso colocar a nuestros hijos a peligros de los caminos por estar expuestos a los animales salvajes y la dificultad del terreno en época de lluvias terrenos lodos (sic) y pantanosos”*⁴⁰. Finalmente, califica la interacción entre la comunidad y la Administradora como *“tensa”* más considerando que construyeron infraestructura según sus requerimientos.

Auto del nueve (9) de agosto de 2018, comunicado mediante oficios OPTB-2135/18 al OPTB-2138/18 del 30 de julio de 2018

Oficio 2018AT00548 del 14 de agosto de 2018 suscrito por Alba Lucía Marín Villada, Administradora Temporal para el Sector Educación en el Departamento de La Guajira

30. La Administradora Temporal del Sector Educativo del Departamento de La Guajira, Distrito de Riohacha y los Municipios de Uribia y Maicao indicó que, a la fecha, ni los padres de familia, ni el director del CE han reportado dificultades con el traslado de los menores de la comunidad JAMICHIMANA. En su lugar, aportó sendos documentos a partir de los cuales se desprende la intervención de dicha Comunidad, así:

*(i) Acta de reunión del doce (12) de marzo de 2018, a la que asistieron María González (madre de familia), Agustín Ballesteros (autoridad), Lourdes Ballesteros (docente), José Francisco Ballesteros (director del CE), que pretendía la manifestación del consentimiento en matricular a los menores en el CE “[c]on el objetivo de garantizar el derecho a la educación de los niños de la comunidad Jamichimana”⁴¹ en cumplimiento de la orden del juez de tutela. En esta acta se indicó que “la autoridad tradicional manifiesta que respeta y entiende la decisión de los jueces (...) pero solicita que los niños de Jamichimana sean atendidos en la sede principal del centro etnoeducativo No. 12 para continuar con el dinamismo con el que venían trabajando (...)*⁴². Asimismo, como compromiso a cargo del director del CE quedó el siguiente

³⁸ *Ibíd.* (36).

³⁹ *Ibíd.* (36).

⁴⁰ *Ibíd.* (36).

⁴¹ Obrante en medio magnético [CD], No. 87, cuaderno principal

⁴² *Ibíd.* CD

“matricular a los niños de Jamichimana en el centro etnoeducativo No. 12 Sede principal por solicitud de la autoridad tradicional de Jamichimana”⁴³. Los asistentes precisaron que la distancia que hay entre la comunidad Jamichimana y el CE es de ocho (8) kilómetros.

(ii) Actas de seguimiento del dieciséis (16) de junio y del treinta (30) de julio de 2018. En la primera fecha asistieron las señoras María González, Yakelin Ipuana y otros diez (10) padres y madres de familia, para realizar seguimiento a los compromisos pactados con la comunidad Jamichimana en cumplimiento del fallo de tutela. En esta ocasión, en el acta se precisó lo siguiente “[t]eniendo en cuenta la autonomía de los padres de familia en matricular a sus hijo (sic) donde mejor lo prefieran, se evidencia la matrícula en su totalidad de los niños y niñas de la comunidad Jamichimana en el centro etnoeducativo No. 12 sede principal Murray, así mismo el respectivo cargue en el SIMAT”⁴⁴; “[s]e le informa a la comunidad que se inició el otrosí donde se garantiza 1 ruta con 2 recorridos, la cual se encuentra en revisión por parte de la Secretaría de Movilidad”⁴⁵. En la segunda fecha se especificó, en relación con el transporte escolar de los menores de la comunidad Jamichimana, que el mismo “[v]iene prestando servicio normal”⁴⁶.

(iii) Copia del “otrosí modificatorio No. 01” al contrato de transporte escolar ATP-079-2018 suscrito entre la Administradora y la Unión Temporal Tranescolar 2018 el veintidós (22) de mayo de 2018. En particular, se previó la ruta Jamichimana, con tipo de vehículo: campero/camioneta; cupo para **treinta y nueve (39) niños** de dicha comunidad por 80 días escolares de atención. Asimismo, se aportó un certificado de entrega de alimentos a la comunidad Jamichimana suscrito por el representante de la Asociación Wayuu Araurayu.

(iv) Documento suscrito el catorce (14) de agosto de 2018 por Dannelys Palacio Torres, Líder del área de Cobertura Educativa de la Secretaría de Educación del Distrito de Riohacha, mediante el cual certificó que, con base en el Sistema de Matrícula SIMAT, “se pudo evidenciar la matrícula de treinta y siete (37) niños de la sede Jamichimana, se llevó a cabo en la sede principal del Centro Etnoeducativo No. 12 –Murray”⁴⁷, corroborado en el reporte de matrícula SIMAT y en las fichas de matrícula en el Centro Etnoeducativo No. 12⁴⁸ suscritas por la docente Lourdes Ballesteros, el director rural y los correspondientes acudientes de los menores.

Escrito del 14 de agosto de 2018 suscrito por María del Carmen González Pushaina y Yakelin Ipuana Epinayu

31. Las señoras María del Carmen y Yakelin manifiestan que (i) los estudiantes de la comunidad Jamichimana son treinta y siete (37); (ii) se encuentran

⁴³ Ibídem. CD

⁴⁴ Ibídem. CD

⁴⁵ Ibídem. CD

⁴⁶ Ibídem. CD

⁴⁷ Ibídem. CD

⁴⁸ En estas fichas obra como fecha de ingreso el cinco (05) de febrero de 2018.

matriculados en el SIMAT y (iii) que desde el 16 de julio de 2018, fue autorizado el inicio del transporte escolar. Afirman que, desde el diez (10) de agosto del año en curso, la cantidad de niños transportados disminuyó entre 18 y 25 niños.

32. Manifiestan que en época de lluvias, la vía de acceso no presenta buenas condiciones, poniendo en peligro la integridad física y vida de los menores; indican que entre las viviendas de la comunidad Jamichimana y el CE hay más de 10 kilómetros y que, debido a esa distancia, muchos menores prefieren no asistir a clase: llegan cansados y con hambre a sus casas porque salen temprano de la comunidad y retornan tarde a la misma; dicen que los niños de la comunidad no se sienten bien porque hay demasiados estudiantes en el CE, a lo que no estaban acostumbrados, afirmando que “(...) *los discriminan a veces porque no son de la comunidad*”⁴⁹; “[n]o se cuenta con *infraestructura y silletería solo alcanza para los profesores que trabajan en la sede principal; [tampoco] (...) con un espacio adecuado para desarrollar la lúdica en el marco del aprovechamiento del tiempo libre*”⁵⁰. Finalmente afirman que, actualmente, no asisten a clase alrededor de quince (15) menores pese a que “(...) *se hizo el intento de mandar todos estudiantes de la comunidad Jamichimana pero fue un fracaso por las razones antes expuestas*”⁵¹.

Oficio 186933 del 16 de agosto de 2018 suscrito por Paula Robledo Silva, Defensora Delegada para Asuntos Constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo,

33. La Defensoría Delegada para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, mediante escrito remitido a la Corte Constitucional indica que a través de memorando interno requirió a varias dependencias de dicha entidad⁵². No obstante, informa que, conforme lo reportado por estas, la Defensoría del Pueblo no posee información respecto de los hechos expuestos en la presente acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

34. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del treinta y uno (31) de mayo de 2018, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco de esta Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por los jueces de instancia.

⁴⁹ Folio 90, cuaderno principal.

⁵⁰ *Ibidem.* (90)

⁵¹ *Ibidem.* (90)

⁵² Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor, Delegada para los indígenas y las Minorías Étnicas, Delegada para la Prevención de Riesgos y Sistema de Alertas Tempranas y Defensoría Regional de La Guajira.

B. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

35. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia⁵³, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección *definitivo* (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo *transitorio* cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental⁵⁴.

36. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se realizará un análisis en el caso concreto de la procedencia de la acción de tutela.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

37. *Legitimación por activa:* Con base en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁵⁵, la Corte Constitucional ha concretado las opciones de ejercicio de la acción de tutela, para el que existe la posibilidad “(i) *del ejercicio directo, es decir, quién interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental;* (ii) *por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas;* (iii) *por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o, en su defecto, el poder general respectivo;* y (iv) *por medio de agente oficioso*”⁵⁶.

38. Tratándose de menores de comunidades indígenas⁵⁷, esta Corte ha reconocido que cualquier persona está legitimada para solicitar el amparo

⁵³ Ver, entre otras, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015 y T-317 de 2015.

⁵⁴ Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: “(i) *que se trate de un hecho cierto e inminente;* (ii) *que las medidas a tomar deben ser urgentes;* (iii) *que la situación a la que se enfrenta la persona es grave;* y finalmente (iv) *que las actuaciones de protección han de ser impostergables.*” Ver sentencia T-896 de 2007, entre otras.

⁵⁵ Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. Legitimidad e interés. “*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.*”

⁵⁶ Ver, entre otras, Sentencia T-531 de 2002.

⁵⁷ En el expediente se identifican los siguientes nombres: Adolfo Mario Ballesteros Uriana, Yomaira Patricia Ipuana Epinayu, Darwin José Ipuana Ipuana, Emer Dayan Isaza Epinayu, Natalia Milena Márquez Barragán, María Alexandra Márquez Barragán, María Esperanza Mendoza Calpa, Yoel de Jesús Mendoza Carrillo, Naiframar Pimienta Guerra, Nicol Eslith Alvarez Coronel, Fredy Enrique Ipuana Arpushaina, Karelis Elainis Ballesteros González, Mayelis Cecilia Herrera Bonivento, Miguel Andrés Ipuana Ipuana, Nora Ipuana Pushaina, Yurleis Patricia Márquez Barragán, Yeimi Marcela Uriana Sánchez, Diego Andrés Ballesteros González, Nayaris Yulieth Cantillo Ipuana, Alberto Ipuana Epinayu, María José Ipuana Ipuana, Jesús David Isaza Epinayu, Angel Mauricio Mendoza Calpa, Luis Alejandro Mendoza Calpa, Sebastián Andrés Meza Pimienta, Naileomar Pimienta Guerra, Sergio Valentín Uriana Ballesteros, Karen Dayana Ballesteron Pushaina, José Luis Cantillo Ipuana, Geisi Esther Ipuana Ipuana, Nayerlis Yojana Cantillo Ipuana, Juan José Ipuana

constitucional de sus derechos fundamentales⁵⁸. Particularmente, tratándose de niños y niñas, se ha identificado una necesidad de *defensa objetiva*⁵⁹ de sus derechos, por lo que no interesa una calificación especial y particular del sujeto –por ejemplo, agente oficioso, representante legal- de quien que promueve la solicitud de amparo toda vez que, a partir del artículo 44 Superior “*cualquier persona puede exigir de la autoridad competente, la garantía de sus derechos fundamentales, sin requisitos adicionales*”.

39. Tan así es que en los casos donde se encuentren involucrados los derechos de los menores indígenas individualmente considerados o de las comunidades a las que estos pertenecen, la valoración de las reglas de procedencia de la agencia oficiosa debe responder a una visión más flexible del asunto de forma que esto no sea un obstáculo para acceder al amparo de los derechos de especial protección que pueden estar siendo amenazados y vulnerados⁶⁰.

40. En tal escenario, esta Sala considera que las accionantes se encuentran legitimadas para promover la presente acción de tutela, por cuanto, a pesar de no aportar elementos que permitan identificar a sus menores hijos ni que cuentan con la facultad de representar a toda la niñez indígena de la comunidad Jamichimana, afirmaron actuar en condición de madres de familia de dicha comunidad por lo que se entiende que sus manifestaciones se encaminan a la protección de los derechos de los niños y están en la posibilidad de agenciar la defensa de sus derechos y los de la comunidad a la que estos pertenecen. Por lo anterior, la Corte considera que existe legitimación por activa, en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

41. *Legitimación por pasiva*: De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución, así como en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede por regla general contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. Asimismo, de conformidad con el numeral 1° del artículo 42 del mencionado Decreto, la acción de tutela procederá contra la acción u omisión de un particular “[c]uando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación”. En este contexto, la legitimación por pasiva se refiere a “la aptitud legal que tiene la persona contra quien se dirige la solicitud de amparo y está llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cuando resulte demostrado en el proceso”.

42. En el presente caso, el MEN forma parte del Gobierno Nacional, es la entidad cabeza del sector educativo y se encarga, entre otras cosas, de formular, dirigir y coordinar la política nacional de educación. En particular, para el caso de La Guajira, entre otras responsabilidades, les corresponde el monitoreo del

Ipuana, Jarol Sereno Álvarez, Yeison Jose Bonivento Epieyu, Yanira Epinayu Epinayu, Hernán Ipuana Ipuana, Rusmeiris Laudith Isaza Epinayu, Geisis Esther Ipuana Ipuana, Juan David Ipuana Henríquez, José David Barreto Orozco, Luz Mary Ipuana Henríquez, Luz Estela Ipuana Henríquez, Martha Cecilia Uriana Ipuana, Luzmila Epinayu, Edicmar Carolina Veliz Macea.

⁵⁸ Sentencia T-545 de 2016.

⁵⁹ Sentencias T-122 de 2018 y T-302 de 2017.

⁶⁰ Sentencia T-081 de 2015.

servicio de educación, así como la normalización de la prestación efectiva del servicio educativo para que la entidad territorial certificada reasuma la competencia. Por su parte, en cuanto a la Administradora, durante la vigencia de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia⁶¹, esta se encuentra a cargo de la prestación del servicio público educativo en los niveles de educación preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad y, tiene funciones propias del jefe del organismo intervenido para administración del servicio público en la entidad territorial⁶².

Lo anterior con arreglo al numeral 13.3.1 del artículo 13 del Decreto-Ley 028 de 2008⁶³ que establece lo siguiente “[e]l administrador o el tercero contratado para estos efectos tendrá las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público (...)”. En desarrollo de dicha disposición, el artículo 5° del Decreto 2613 de 2009 relativo a las facultades y deberes del administrador designado, señala el ejercicio de las

⁶¹ Parágrafo, artículo 13, Decreto 028 de 2008. “Parágrafo. La asunción de la prestación del servicio y la ejecución de los recursos dispuestos para su financiación, tendrá vigencia hasta por un término máximo de cinco años, sin perjuicio de solicitar a la Unidad Administrativa Especial de Monitoreo, Seguimiento y Control el levantamiento de la medida”. La competencia de la prestación del servicio de educación en el Departamento de La Guajira y los municipios de Maicao, Riohacha y Uribia fue asumida a partir del veintiuno (21) de febrero de 2017.

⁶² Ver, artículo 153, Ley 115 de 1994. “Artículo 153. Administración municipal de la educación. Administrar la educación en los municipios es organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo; orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio; todo ello de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, el Estatuto Docente y en la Ley 60 de 1993”.

Artículo 7°, numeral 7.1, Ley 715 de 2001. “Artículo 7°. Competencias de los distritos y los municipios certificados.

7.1. Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley. (...)”.

Artículos 29 y 30 de la Ley 715 de 2001. “Artículo 29. El control del cumplimiento de las condiciones de la presente Ley. Con el fin de garantizar el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se deben asumir las competencias, responsabilidades y funciones de que trata la presente ley, se prevén las siguientes causales para que la Nación, Ministerio de Educación Nacional, determine que un departamento, municipio o distrito para la administración de uno o varios de los servicios educativos a su cargo, se sujete al sistema de control de la educación que podrá ser ejercido directamente por la Nación o contratado, sin perjuicio de las sanciones penales, disciplinarias o fiscales a que hubiere lugar por parte de las autoridades competentes. Este sistema de control procederá, a juicio de la Nación: 29.1. Cuando un departamento, distrito o municipio no reporte la información requerida o reporte información inexacta. 29.2. Cuando un departamento, distrito o municipio haya disminuido la calidad de los servicios o las coberturas por causas imputables a la dirección administrativa de dichos servicios. 29.3. Cuando con base en la evaluación de la gestión financiera, técnica y administrativa del sector educativo y por causas imputables al departamento, distrito o municipio se detecten irregularidades en la prestación del servicio. 29.4. Cuando un departamento, distrito o municipio no cumpla los estándares de calidad mínimos en la prestación del servicio. (...)”

Artículo 30. Nombramiento de una administración temporal. Cuando realizada la evaluación de control de la educación a que se refiere el artículo anterior, la entidad territorial no realice las acciones necesarias para corregir las fallas en el servicio por las cuales se le designó ésta, el Ministerio de Educación podrá suspender la capacidad legal de las autoridades territoriales para la administración del servicio público de educación y designar de forma temporal un administrador especial, que podrá ser un funcionario nacional o departamental, o a quien designe el Ministerio, para que asuma por el tiempo y en las condiciones que se determine, la administración del servicio educativo en la entidad territorial.

El administrador especial tendrá todas las facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público de educación, durante el tiempo que señale el Ministerio de Educación y podrá disponer para tal fin de los recursos del Sistema General de Participaciones y de los demás recursos destinados al servicio educativo público, como ordenador de gasto y nominador dentro de los límites de la ley. La administración especial tendrá como objeto garantizar la prestación del servicio y corregir las fallas que dieron lugar a la evaluación de control de la educación.

La administración especial a que se refiere el presente artículo se considera como costo de la prestación del servicio y se pagará con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones”.

⁶³ “Por medio del cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones”.

competencias y facultades propias del jefe del organismo intervenido para la administración del servicio público y le corresponde “*preservar y defender los intereses y recursos públicos inherentes a la prestación del servicio intervenido (...); garantizar el cumplimiento de las metas de continuidad, cobertura y calidad de los servicios intervenidos*”.

43. Sumado a lo anterior, se encuentra que, de conformidad con los autos proferidos el veintisiete (27) de diciembre de 2017 y el tres (3) de enero de 2018 y por parte del Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Riohacha, fueron vinculados al presente caso la Gobernación del Departamento de La Guajira, la Secretaría departamental de Asuntos Indígenas y el Ministerio del Interior. Frente a los dos primeros, la Sala evidencia que la Gobernación del Departamento de La Guajira y la Secretaría de Asuntos Indígenas son autoridades de naturaleza pública, susceptibles de ser demandada mediante tutela, conforme a las reglas antes expuestas. Igualmente, en relación con el Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa- se trata de una autoridad de naturaleza pública que busca garantizar la realización de dichos procesos, motivo por el cual es susceptible de ser sujeto pasivo en la presente causa.

44. En vista de lo anterior, la Sala observa que las autoridades accionadas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, son de naturaleza pública y tienen relación con la garantía y protección de derechos de la población indígena en el departamento de La Guajira. En tal sentido, en el presente caso, la Sala encuentra acreditado el requisito de legitimación por pasiva.

45. *Inmediatez*: De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, esta debe presentarse en un término justo, prudente y razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos⁶⁴. De este modo, ha dicho este Tribunal que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁶⁵.

46. Así, para que, a pesar de haber transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del hecho lesivo, pueda resultar procedente la acción de tutela, uno de los escenarios que se debe verificar es que la afectación de derechos fundamentales que se busca restablecer sea *actual*. De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para que se mantenga la actualidad del daño, es preciso acudir de manera oportuna a la acción de tutela, porque lo contrario podría dar lugar a un hecho consumado no susceptible de amparo constitucional, o a que se desvirtúe la afectación de derechos fundamentales⁶⁶.

⁶⁴ Ver, entre otras, las sentencias T-055 de 2008, T-495 de 2005, T-575 de 2002, T-900 de 2004 y T-403 de 2005.

⁶⁵ Ver sentencia T-606 de 2004.

⁶⁶ Ver, sentencia T-055 de 2008.

47. En el caso que aquí se estudia, la acción de tutela fue interpuesta el veinte (20) de diciembre de 2017 y el presunto hecho vulnerador fue la resolución adoptada el veinticuatro (24) de noviembre de 2017 relacionada con la no aprobación de la solicitud de legalización del aula satélite. A partir de la naturaleza de esta decisión y sus efectos, en principio permanentes, es posible inferir la actualidad de la presunta afectación en cuanto a sus consecuencias y a la posibilidad de dejar sin efecto dicha medida que posiblemente pretermitió el desarrollo de la consulta previa, entre otros derechos fundamentales. En tal sentido, la Sala considera que se encuentra acreditado el requisito de inmediatez en la presentación de la acción de tutela debido a que fue presentada en un plazo razonable y al carácter *actual* que presenta la posible afectación de derechos fundamentales.

48. *Subsidiariedad de la acción de tutela*: De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución y el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular; o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

49. En desarrollo de lo anterior, se ha establecido que aun existiendo otros mecanismos a los cuales puede acudir la parte tutelante, la acción de tutela está llamada a prosperar cuando se comprueba que los mismos (i) no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual se otorgará un amparo transitorio⁶⁷; o (ii) no son lo suficientemente idóneos y eficaces para brindar un amparo integral, caso el cual la tutela procederá como mecanismo definitivo de protección⁶⁸. Ha sostenido también que una acción judicial es *idónea* cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es *eficaz* cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados⁶⁹. Dichos atributos no pueden darse por sentados ni

⁶⁷ El artículo 86 del Texto Superior dispone que: “(...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)” La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos. Véanse, entre otras, las Sentencias C-225 de 1993 y T-808 de 2010.

⁶⁸ Esta hipótesis de procedencia se deriva de lo previsto en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: “*La acción de tutela no procederá: 1) Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante*” (Subrayado por fuera del texto original). Sobre esta regla constitucional, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-740 de 2015, T-568 de 2015, T-823 de 2014, T-885 de 2013, T-1007 de 2012, T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

⁶⁹ Ver, Sentencia T-211 de 2009.

descartados de manera general sin considerar las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento del juez⁷⁰.

50. En el presente caso y de acuerdo con las pretensiones de las tutelantes, se puede apreciar la existencia de los medios de defensa judicial contemplados en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a saber, los medios de control de nulidad y el de nulidad y restablecimiento del derecho⁷¹. Particularmente, el artículo 46 de este Código dispone la realización de la consulta previa so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar. No obstante, en criterio de esta Sala y de acuerdo con los hechos del presente caso, esos medios de control no resultan ser idóneos y eficaces por las siguientes razones: (i) no están diseñados para fijar o resolver el alcance del derecho fundamental, por ejemplo, la consulta previa⁷²; (ii) tratándose de la educación de menores indígenas y en general de la reivindicación de sus derechos, la acción de tutela se torna una acción judicial idónea y eficaz para la protección de dichos derechos, que adquiere –además– un carácter prevalente debido a las condiciones especiales de vulnerabilidad de la niñez Wayuú tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corte. En este sentido y en consideración a la relevancia constitucional del presente caso, que tiene que ver con la educación de los niños y niñas del pueblo Wayuú y los derechos de la comunidad tutelante, la Sala encuentra que dichas condiciones son suficientes para determinar la acreditación del requisito de subsidiariedad para la procedencia de la presente acción de tutela.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

51. De conformidad con los hechos expuestos en la Sección I anterior, corresponde a la Sala de Revisión analizar los siguientes interrogantes:

51.1. ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la educación de menores indígenas en contexto propio, igualdad, consulta previa, debido proceso y autonomía de la comunidad Wayuú Jamichimana, al no aprobar la solicitud de legalización del aula satelital denominada Jamichimana?

51.2. ¿Las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la educación de menores indígenas en contexto propio, igualdad, consulta previa, debido proceso y autonomía de la comunidad Wayuú Jamichimana, al trasladar a los menores indígenas del aula satélite denominada Jamichimana a un centro etnoeducativo?

52. Para resolver los cuestionamientos señalados, se procederá a analizar (i) el contexto del servicio público de educación en el departamento de La Guajira; (ii) la naturaleza y contenido del derecho fundamental a la educación de los niños indígenas y las obligaciones de la comunidad, la familia y el Estado; (iii)

⁷⁰ Ver, Sentencia T-222 de 2014.

⁷² Sentencia T-582 de 2017.

el alcance del derecho a la consulta previa; y (iv) se pasará a analizar el caso concreto.

D. EL CONTEXTO DEL SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN EN EL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA, RIOHACHA Y LOS MUNICIPIOS DE MAICAO Y URIBIA

53. El departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los municipios de Maicao y Uribia, actualmente son objeto de una medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación del servicio de educación que se motiva en deficiencias detectadas, por ejemplo, en la calidad de los servicios y estándares mínimos de prestación, así como en la información que las mismas reportan. Según el documento de política pública CONPES No. 3883 del veintiuno (21) de febrero de 2017⁷³, en dichas entidades territoriales se evidencian posibles eventos riesgo para la adecuada prestación de servicio de educación y cumplimiento de metas de cobertura, calidad y continuidad⁷⁴.

54. Aunado a ello esta Corporación, a través de la sentencia T-302 del ocho (8) de mayo de 2017, ha constatado la grave situación en la que se encuentran los derechos fundamentales de los niños y niñas de La Guajira⁷⁵, declarando un estado de cosas inconstitucional (en adelante, ECI) en el departamento de La Guajira, tras la identificación de un número de factores determinantes tales como: (i) la ausencia de medidas administrativas y presupuestales necesarias para evitar la vulneración de derechos; (ii) la presencia de fallas institucionales a nivel étnico⁷⁶, (iii) “[l]a falta de un buen sistema estadístico sobre la población Wayuú [que] limita la capacidad de respuesta oportuna e integral del Estado frente a situaciones de crisis”⁷⁷.

55. En cuanto al eje de educación y a las denominadas “aulas satélite”, la Defensoría del Pueblo⁷⁸ ha evidenciado que “(...) los niños, niñas y adolescentes de las comunidades asisten a lugares denominados “aulas satélites”, las cuales funcionan en campo abierto, no cuentan con condiciones mínimas para el desarrollo de las actividades académicas (salón de clases, pupitres, kit escolar). Los niños presentan desnutrición. No disponen de agua para el consumo humano (...) Se observa desconocimiento de las normas concernientes con el derecho a la educación: marcadas debilidades en la

⁷³“Adopción de la medida correctiva de asunción temporal de la competencia de la prestación de los servicios de salud, educación, alimentación escolar, y agua potable y saneamiento básico en el departamento de La Guajira, en aplicación del Decreto 028 de 2008”.

⁷⁴ Dentro de estos eventos de riesgo se identificaron, por ejemplo, inconsistencias en la información del Directorio Único de Establecimientos Educativos (DUE) que es una herramienta fundamental para la definición de la asignación de recursos de conformidad con aspectos tales como la matrícula registrada, el número de cargos de directivos, docentes requeridos, entre otros.

⁷⁵ Ver también, Sentencia T-466 de 2016.

⁷⁶ “(...) la fragmentación de la autoridad Wayuú y la creación de miles de autoridades tradicionales durante los últimos años. El reparto de beneficios a este millar de autoridades tradicionales por parte de las entidades del orden nacional y de los municipios ha permitido la consolidación de una interacción política fuertemente clientelista (...) dirigidas a extraer recursos de las autoridades en lugar de distribuirlos equitativamente entre las comunidades” (Sentencia T-302 de 2017).

⁷⁷ Sentencia T-466 de 2016.

⁷⁸ Defensoría del Pueblo (2014). *Crisis humanitaria en La Guajira. Acción Integral de la Defensoría del Pueblo en el Departamento*, Bogotá D.C.

ejecución de actividades de inspección, vigilancia y control desde el sector educativo (...)". En efecto, el Comité de los Derechos del Niño⁷⁹ ha observado que "*(...) en la práctica los niños indígenas cuentan con menos probabilidades de escolarización y siguen teniendo tasas más elevadas de deserción escolar y de analfabetismo que los no indígenas (...)*. Por ello "*(...) necesitan que se adopten medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a la discriminación y para que puedan gozar de los derechos dimanantes de la Convención en pie de igualdad con otros niños*".

56. Según lo anterior, el contexto del servicio público de educación en La Guajira, Riohacha, Uribia y Maicao y, en particular de la educación de la niñez Wayúu, en la actualidad se caracteriza por deficiencias en la prestación del servicio que, a su turno obedecen a múltiples variables, algunas de ellas, ya identificadas por las diferentes autoridades, dentro de las que se encuentran, por ejemplo, la ausencia de medidas institucionales desde el punto de vista administrativo y presupuestal.

E. LA NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS INDÍGENAS Y LAS OBLIGACIONES DE LA COMUNIDAD, LA FAMILIA Y EL ESTADO

57. El artículo 67 de la Constitución consagra la educación como "*un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura*", el cual debe ser interpretado de manera sistemática con el artículo 44 Superior que se refiere a la educación como un derecho fundamental de *todos* los niños sin distinción, de aplicación inmediata y prevalente sobre los derechos de los demás.

58. Esta Corporación ha reconocido la importancia del derecho a la educación como presupuesto para el ejercicio de otros derechos tales como la igualdad, la dignidad humana, la libertad de escoger profesión u oficio, entre otros⁸⁰. Dicha importancia, además, se debe al rol que desempeña en la erradicación de la pobreza, como instrumentos de cambio, igualdad y democracia⁸¹. En particular, la educación de los niños indígenas contribuye no sólo al desarrollo individual sino al comunitario.

59. Particularmente, en cuanto a la educación de los niños indígenas, existe un mandato constitucional de protección especial considerando la *protección de sus usos y costumbres*, así como sus especiales condiciones de indefensión. En efecto, en el marco del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado⁸², la Constitución reconoce y protege la diversidad e identidad étnica y

⁷⁹ Observación General No. 11 (2009). Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Sentencia SU-011 de 2018, Sentencias T-466 de 2016 y T-1259 de 2008.

⁸¹ Sentencia T-429 de 1992.

⁸² Constitución Política. "ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana"; ARTICULO 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe"; "ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales

cultural a través de diversas disposiciones que consagran derechos específicos para los integrantes de los *grupos étnicos*. Por ejemplo, al disponer que los mismos tienen acceso a recibir una enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural y bilingüe⁸³, así como el deber del Estado de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades y bajo los mismos estándares de calidad.

60. Así, no se trata de una educación distinta en todo sentido a la que se imparte al resto de la población; se trata de una educación que, además de brindar herramientas, habilidades y conocimientos que se dan a todas las personas, entiende que debe ser sensible a especiales condiciones étnicas.

61. En este sentido, en punto a la educación de niños indígenas, la Constitución reconoce una doble protección (i) en forma igualitaria, el derecho fundamental a la educación de todos los niños (derivada del carácter universal del derecho) garantizándoles la posibilidad de adquirir una educación por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional⁸⁴ y (ii) en forma diferencial, el derecho fundamental a la educación que busca esencialmente la promoción de la igualdad de oportunidades y la prohibición de discriminaciones injustificadas. Sobre este punto, la sentencia T-466 de 2016, de acuerdo con el artículo 13 Superior, resaltó la obligación positiva del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva y real, salvaguardando así la diversidad étnica y cultural de las comunidades⁸⁵. El enfoque diferencial en las instituciones educativas debe reconocer los derechos colectivos del grupo étnico a su lengua, sus tradiciones, conocimientos. Los niños indígenas son titulares del derecho a una especial protección en dos sentidos: por un lado, por la necesidad de considerar la finalidad de preservar las tradiciones y los valores culturales de la comunidad y por otro lado, por el deber del Estado de actuar con mayor determinación, teniendo en cuenta que han sido históricamente marginados y afectados por condiciones de pobreza⁸⁶.

ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. (...); "ARTICULO 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. (...) Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. (...) Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural". "ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación".

⁸³ Dentro de los requisitos para garantizar el derecho a la educación de las comunidades indígenas se encuentran el carácter bilingüe de la educación. Esencialmente, el derecho a la educación propia de los pueblos indígenas está estrechamente vinculado con sus derechos lingüísticos. En efecto, el Comité de los Derechos del Niño ha subrayado que "(l)os programas de estudios bilingües e interculturales son un criterio importante para la educación de los niños indígenas".

⁸⁴ Convenio 169 de 1989 de la OIT, artículo 26.

⁸⁵ Esto se explica en que, históricamente, el derecho a la educación para los indígenas se basó en un modelo de integración de los grupos étnicos a las culturas mayoritarias de la sociedad y que, a partir de la Constitución de 1991 se reconoció la diversidad étnica y cultural (Sentencia T- 049 de 2013).

⁸⁶ En efecto, el Comité de los Derechos del Niño "(...) observa con preocupación el número desproporcionadamente grande de niños indígenas que viven en pobreza extrema, situación que tiene repercusiones negativas sobre supervivencia y desarrollo".

62. Para comprender el contenido y dimensiones del derecho, esta Corporación ha caracterizado el derecho a la educación a partir de cuatro características esenciales que conforman la base de una *educación integral*, a la luz de la orientación que ofrecen las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (observación General No. 13). Estas características son las siguientes: aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad⁸⁷.

(i) *Aceptabilidad*. Este componente se refiere a que los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables para los estudiantes, principalmente, en términos de calidad de la educación que debe impartirse.

(ii) *Adaptabilidad*. El sistema educativo debe adoptarse a las necesidades específicas de los estudiantes y sus comunidades para asegurar su permanencia. Debe ser flexible para adaptarse a necesidades de comunidades y responder a las necesidades de los alumnos en contextos variados con miras a garantizar la continuidad en la prestación del servicio educativo.

(iii) *Disponibilidad del servicio o asequibilidad*. Se trata de garantizar la cantidad suficiente de instituciones educativas para quienes demandan el servicio, así como programas de enseñanza y demás condiciones que necesiten los centros educativos.

(iv) *Accesibilidad*. La accesibilidad consta de tres dimensiones (i) *no discriminación* –es decir, que la educación sea accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables, sin discriminación (ii) *accesibilidad material* y (iii) *accesibilidad económica*. Particular énfasis merece la accesibilidad material entendida como el acceso a la educación en una distancia geográfica *razonable*.

Esta Corte ha señalado que una de las medidas para eliminar las barreras que desincentivan el ingreso y la permanencia en el sistema educativo es la prestación idónea y eficaz del servicio de transporte escolar “*especialmente cuando existen circunstancias geográficas que dificultan la movilidad, cuando los estudiantes viven en áreas rurales apartadas de los centros educativos (...)*”⁸⁸ (Resaltado fuera del texto). Concretamente, ha establecido estándares básicos para la educación de los menores que habitan en zonas rurales, así “*(...) la satisfacción del derecho a la educación de los niños y niñas que habiten zonas rurales implica i) que las escuelas deben estar disponibles en todos los centros poblados o a una distancia razonable para que los menores puedan asistir a ellas (obligación de accesibilidad); ii) que los centros educativos cuenten con las condiciones materiales mínimas exigidas para prestar el servicio (obligación de aceptabilidad); y iii) que se nombren docentes idóneos y en cantidad suficiente para atender la demanda educativa en forma continua (obligación de asequibilidad)*”⁸⁹. De manera que no es exigible que haya una escuela en todos los centros poblados, basta con que la misma se encuentre a una distancia razonable. En tal sentido, este Tribunal ha destacado que, cuando

⁸⁷ Ver, entre otras, las Sentencias T-207 de 2018 y T-480 de 2018.

⁸⁸ Sentencia T-273 de 2014

⁸⁹ Sentencia T-963 de 2004.

los menores no puedan acudir a las instituciones educativas por sus propios medios o cuando la institución educativa se encuentra lejos de su vivienda⁹⁰, las autoridades deberán coordinar medidas para hacer los servicios educativos realmente accesibles para todos los niños, disponiendo, por ejemplo, sistemas de transporte escolar, más aun tratándose de zonas rurales del país.

63. Ahora bien, conocido el contenido e importancia del derecho a la educación, el constituyente le otorgó a la educación el carácter de servicio público⁹¹ que tiene una función social para materializar la afectividad del mismo, connotación que tiene, entre otros, los siguientes efectos: (i) su prestación debe ceñirse a los principios de eficiencia, continuidad, calidad, redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable, elevación de la calidad de vida de la población, entre otros; (ii) la regulación y diseño del sistema educativo deben estar orientados al aumento constante de aspectos tales como la cobertura y la calidad⁹².

Las obligaciones de la comunidad, la familia y el Estado frente a la educación de los niños indígenas

64. El artículo 67 de la Constitución dispone expresamente la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia frente a la educación. Asimismo, el artículo 10 de la Ley 1098 de 2006⁹³ desarrolla el principio de *corresponsabilidad* como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección. En este contexto, las obligaciones que surgen para la garantía del interés superior del menor (art. 44 CP) y del derecho fundamental a la educación en particular, no comprometen exclusivamente al Estado, se extienden a las familias y a la sociedad en general⁹⁴.

⁹⁰ Sentencia T-008 de 2016.

⁹¹ Constitución Política. “ARTICULO 365. *Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.*”

ARTICULO 366. *El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.*

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

“Decreto 1075 de 2015. Artículo 2.3.3.5.4.1.1. Alcance “*La educación para grupos étnicos **hace parte del servicio público educativo** (...)”* (Resaltado fuera del texto).

⁹² Artículo 28. Ley 1098 de 2006. “Artículo 28. *Derecho a la educación. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Esta será obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política (...)*”.

⁹³ Código de Infancia y Adolescencia.

⁹⁴ “[E]l Ministerio de Educación Nacional, Secretarías de Educación, en conjunto con la comunidad educativa, tienen la obligación legal de favorecer el acceso a la educación, la permanencia, calidad (...)”. Lineamientos generales para la atención educativa a la población vulnerable y víctima del conflicto armado. Ministerio de Educación Nacional.

65. La comunidad y la familia (los padres) del menor indígena, son los primeros responsables de su desarrollo dada la cercanía con el menor⁹⁵. En efecto, “[l]os niños de corta edad reciben de los miembros de más edad de la comunidad orientación sobre diversos aspectos del desarrollo que les prepara para la vida y para el desempeño de sus responsabilidades para con la comunidad (...) La educación tradicional se consigue mediante los principios de aprendizaje participativo, crecimiento global, cuidados y la confianza mutua. El aprendizaje participativo requiere que los miembros de la comunidad participen plenamente en el proceso de aprendizaje”⁹⁶.

66. En particular, la responsabilidad parental⁹⁷ es una obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, incluyendo la responsabilidad de asegurarse que los niños puedan lograr el nivel máximo de satisfacción de sus derechos. Por ejemplo, esta Corte revisó un caso en que 21 niños residentes en un área rural recibían clases en condiciones inadecuadas. Sobre el particular, “(...) cuando esta Sala solicitó al Departamento (...), como medida provisional, que adecuara otro lugar para que recibieran clases, mientras se termina la construcción de la nueva sede de la escuela, la entidad sostuvo que tal medida no era necesaria porque los padres y madres de los menores accedieron a que las clases continuaran en dichas instalaciones. En este sentido no puede más que manifestar la Sala su desacuerdo con esta decisión que vulnera principios constitucionales tan caros como la protección que le debe el Estado a la vida y la integridad física de las niñas y niños, sin olvidarse de su obligación de asistirlos y protegerlos integralmente. La educación de las niñas y niños no puede llevarse a cabo asumiéndose riesgos, así tales riesgos sean aceptados por sus padres, ya que es deber del Estado no sólo garantizar la educación, sino ofrecerla en condiciones óptimas”⁹⁸ (Resaltado fuera del texto).

67. La comunidad y la familia tienen una especial responsabilidad en el desarrollo del menor indígena por lo que “el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor (...)”⁹⁹. En efecto, la Convención de los Derechos del Niño precisa que “(...) incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. El derecho a la educación de cada niño se fortalece con la acción de los padres y adultos de ahí el papel esencial de la familia en fomentar la estabilidad y prevenir la deserción escolar.

⁹⁵ Sentencia T-466 de 2016. “La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte al niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada o a la comunidad, según dicten las tradiciones que las rijan” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, artículo 5)

⁹⁶ Consejo de Derechos Humanos. Estudio Sobre la experiencia adquirida y las dificultades con que se tropieza para la plena aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la educación. Informe del Mecanismo del Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, 26 de junio de 2009.

⁹⁷ Artículo 14, Ley 1098 de 2006.

⁹⁸ Sentencia T- 636 de 2013.

⁹⁹ Sentencia T-510 de 2003.

68. La jurisprudencia constitucional ha enfatizado en la doble naturaleza de la educación en su condición de derecho, pero también de deber “(...) *siendo la educación un derecho-deber, el incumplimiento de obligaciones correlativas a su ejercicio, como es el hecho que el estudiante no responda a sus obligaciones académicas y al comportamiento exigido por el reglamento, puede dar lugar a la sanción establecida en el ordenamiento jurídico para el caso*”. Así, la garantía en la prestación del servicio educativo no solo depende del Estado, sino también del beneficiario del derecho quien, con el apoyo de sus padres, debe cumplir con unas cargas mínimas y admisibles constitucionalmente para su garantía.

69. En relación con el Estado, “[l]a administración tiene el deber de procurar que las actividades escolares de los niños y niñas se desarrollen en lugares adecuados para su formación integral, y con el derecho a gozar de espacios que además de ser propios del sistema educativo, protejan otras garantías constitucionales como la salud, la alimentación y la integridad”¹⁰⁰. Al mismo le corresponden obligaciones de respeto, protección y cumplimiento frente a la eficacia y realización de las características descritas (*supra*, 62). Como servicio público, al Estado le corresponde regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines, garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

70. En las comunidades indígenas la doble condición de la educación (como servicio público y como derecho) adquiere un sentido especial por el nexo que las mismas tienen con la diversidad étnica y cultural, fundamental en esta materia. Sin embargo, en materia de prestación del servicio público educativo, el Estado está en la obligación de ejercer sus funciones de inspección y vigilancia a través de la secretarías de educación o de quien según, el ordenamiento vigente le corresponda y materializar así la continuidad, eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de educación y los derechos los estudiantes. En efecto, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultura (o enfoque diferencial), no puede implicar el aniquilamiento o anulación de las funciones mencionadas¹⁰¹.

71. En síntesis, la educación de los niños, de aplicación prevalente e inmediata de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, tiene doble connotación como derecho y como servicio público. En cuanto a la primera, el derecho fundamental a la educación de los niños indígenas -en particular- implica una protección de doble vía dada su relevancia no solo para el menor sino para su comunidad; como garantía fundamental en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional y, como derecho con enfoque diferencial considerando el mandato de protección a la diversidad étnica y cultural que exige obligaciones positivas del Estado, así como el reconocimiento de su propia lengua, tradiciones y conocimientos. En tal contexto, los niños indígenas tienen derecho

¹⁰⁰ Sentencia T-759 de 2015.

¹⁰¹ Ver, por ejemplo, Sentencia T-103 de 2018.

a acceder a una *educación integral* en términos de aceptabilidad, adaptabilidad, disponibilidad y accesibilidad, los cuales se materializan a partir de la corresponsabilidad entre la comunidad indígena, la familia y el Estado; correspondiendo a los dos primeros la responsabilidad primordial de contribuir al desarrollo del menor dada su cercanía, fomentado la estabilidad y previniendo la deserción escolar. Al tercero, entre otras obligaciones, regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia como condición relevante para la calidad de la educación y la efectiva realización de los componentes de dicho derecho.

F. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

72. Esta Corporación ha señalado de manera constante y uniforme que la consulta previa es un derecho fundamental¹⁰² y que una de las fuentes para su comprensión es el Convenio 169 de la OIT (en adelante, el Convenio) al ser el “*instrumento internacional más relevante respecto de la interpretación y aplicación de las medidas destinadas a la protección de los derechos de los pueblos étnicos*”¹⁰³. En tal sentido, es preciso resaltar el artículo 6 del Convenio que establece lo siguiente: “(a) *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”¹⁰⁴ (Resaltado fuera del texto)

73. Asimismo, el Convenio prevé disposiciones en sus artículos 26, 27, 28, 29, 30 y 31, que señalan parámetros relacionado con la educación para los pueblos indígenas, resumidos en (i) la garantía de adquirir una educación en todos los niveles en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) la cooperación en el desarrollo de programas y los servicios de educación; (iii) el derecho de esos *pueblos* a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos; (iii) el carácter bilingüe de la educación, entre otros.

74. Así pues, el concepto de “*afectación directa*” es un factor clave para determinar qué tipo de medidas deben *consultarse* a los pueblos interesados. Sin embargo, según lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, la determinación de las circunstancias que configuran dicho supuesto no es una

¹⁰² En efecto, la sentencia SU-123 de 2018 reconoció que “*la consulta previa es un derecho fundamental, que protege a los pueblos indígenas y tribales y tiene carácter de irrenunciable. Esto implica que: (i) el objetivo de la consulta previa es intentar lograr en forma genuina y por un diálogo intercultural el consentimiento con las comunidades indígenas y tribales sobre las medidas que las afecten; (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes; (iii) por medio de la consulta se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados; (iv) la consulta debe ser un proceso intercultural de diálogo en el que el Estado debe entonces tomar las medidas necesarias para reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan tener los pueblos étnicos; (v) en este diálogo intercultural ni el pueblo tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista; (vi) la consulta debe ser flexible, es decir, adaptarse a las necesidades de cada asunto; (vii) la consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio; (viii) la consulta debe respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes*”.

¹⁰³ Sentencia T-461 de 2014.

¹⁰⁴ Convenio 169, Artículo 6 “2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*”.

tarea fácil¹⁰⁵ pues debe verificarse, en cada caso concreto, si dicha característica se configura considerando, algunos criterios orientadores para estos efectos, así:

75. El ámbito de aplicación de la consulta. Toda vez que “*el método para la determinación de temas que afecten a las comunidades étnicas, es casuístico, esto es, se debe esclarecer y determinar en cada caso cuales son las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas, de manera que en concreto se evalúe qué tanto incide la medida en la conformación de identidad diferenciada del pueblo étnico*”¹⁰⁶.

76. Los elementos subjetivo y objetivo del titular de la consulta previa. La jurisprudencia ha expuesto la importancia de verificar y considerar conjuntamente estos elementos de manera que (i) la comunidad beneficiaria de la consulta previa posea ciertas características particulares, materiales y verificables que la diferencien del resto de la sociedad e incluso de otras comunidades. Se trata de elementos materiales específicos que distinguen al grupo que conciernen al “*conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano*” (elemento objetivo). (ii) La comunidad reivindique esa diferencia, en ejercicio de su derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones. Se trata de la percepción que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos (elemento subjetivo)¹⁰⁷.

77. Evidencia de la afectación directa y la manera como esta se configura. Al respecto la jurisprudencia de esta Corte ha comprendido dos niveles de afectación “*i) uno general [o indirecto], el cual se refiere a las políticas y programas que se relacionan con colectivos indígenas (...) y ii) otro directo que implica una perturbación inmediata sobre los intereses del pueblo involucrado, al recibir una interferencia intolerante y desmedida sobre sus dinámicas sociales, espirituales, políticas, económicas y culturales*”. Este segundo nivel es objeto de consulta previa”¹⁰⁸ (Resaltado fuera del texto).

78. En efecto, “*no todo lo concerniente a los pueblos indígenas está sujeto al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio convenio se contempla que cuando no hay afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean al menos*

¹⁰⁵ Sentencia T-475 de 2016. Recientemente, la Sentencia SU-123 de 2018 caracterizó la *afectación directa* como un concepto jurídico indeterminado.

¹⁰⁶ Ver, por ejemplo, Sentencias C-331 de 2012 y T-049 de 2013.

¹⁰⁷ Sentencias T-475 de 2016, T-576 de 2014, T-349 de 1996.

¹⁰⁸ Ver, Sentencias T-745 de 2010 y T-103 de 2018 “*Es pertinente evidenciar la trascendencia del término ‘afectación directa’, pues es éste el criterio que determina la necesidad de la consulta. Dicho concepto no es concretado de manera manifiesta en el texto del Convenio, pero, para el efecto se debe acudir al artículo 7º del mismo, que reconoce la magnitud de la posibilidad de que las comunidades establezcan sus prioridades en cuanto al modelo de desarrollo económico, social y cultural que les interesa. Por tal motivo, un plan o programa envuelto en la idea occidental de desarrollo podría contrariar la perspectiva de vida de una comunidad no dominante. Cabe recordar aquí que, sin embargo, el Convenio introdujo ciertas hipótesis ante las cuales se hace ineludible la consulta, entre otras, la explotación y exploración de minerales u otros recursos naturales encontrados en sus tierras del mismo modo que el traslado de las comunidades de su lugar de asentamiento a uno extraño. Así pues, la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias*”.

*equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población*¹⁰⁹ (Resaltado fuera del texto). Por ello, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que el derecho a la participación de las comunidades étnicas encuentra diferentes grados de intensidad que dependen de qué tanto interfiera la medida en la supervivencia de las dichas comunidades diferenciadas y sus prácticas tradicionales¹¹⁰. Este derecho de participación, con independencia de sus grados de intensidad, debe desarrollarse de buena fe y no puede implicar un poder de veto en cabeza de dichas comunidades. En el marco de la buena fe, se pretende evitar actitudes o conductas que omitan cooperar con el desarrollo de la otra parte o la evasión de posibles acuerdos. Los participantes deben mostrar flexibilidad para acomodar los diferentes intereses en juego por lo que, en el marco del derecho a la participación los posiciones cerradas e intransigentes pueden ir en contra del precitado principio.

79. Finalmente, la protección prevalente y especial de los menores admite límites al derecho de participación, concertación y en particular, consulta previa de las comunidades indígenas. El artículo 44 de la Constitución prevé cinco reglas a favor de los menores de edad que han sido identificadas por la jurisprudencia de esta Corte: el reconocimiento del carácter fundamental de sus derechos; la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los menores de edad; la garantía de su desarrollo integral¹¹¹; protección frente a riesgos prohibidos y la prevalencia del interés superior del menor de edad¹¹².

80. Asimismo, la Ley 1098 de 2006, reconoce el interés superior del menor de los niños como “*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e independientes*”¹¹³. Dicha prevalencia debe reflejarse en “*todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes*”¹¹⁴. De conformidad con dicha normativa, el interés superior del menor no sólo es un principio y regla de interpretación, sino un criterio de favorabilidad en situaciones en las que exista conflicto entre otras normas aplicables a la situación de los niños¹¹⁵.

81. En relación con la educación, los menores tienen derecho a una educación de calidad por lo que es preciso garantizar las condiciones para que los niños

¹⁰⁹ Sentencias C-030 de 2008, T-693 de 2011 y T-302 de 2017.

¹¹⁰ Sentencia T-485 de 2015.

¹¹¹ El adecuado desarrollo durante la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo con él, por lo que exige del Estado adoptar medidas especiales de protección durante esta etapa

¹¹² La Corte Constitucional ha definido las características del interés superior del menor, como (i) concreto, pues solo se puede determinar a partir de circunstancias individuales del niño; (ii) relacional, porque adquiere relevancia cuando los derechos de los niños entran en tensión con los de otra persona o grupo de personas; (iii) no es excluyente, ya que los derechos de los niños son absolutos ni priman en todos los casos de colisión de derechos; (iv) es autónomo, pues el criterio determinante para establecerlo es la situación específica del niño y (v) es *obligatorio* para todos, en la medida que vincula a todas las autoridades del Estado, a la familia y a la sociedad en general. (Sentencias T-122 de 2018 y T-475 de 2016).

¹¹³ Ley 1098 de 2006, artículo 8.

¹¹⁴ Ley 1098 de 2006, artículo 9.

¹¹⁵ Sentencia T-475 de 2016.

desde su nacimiento, “*tengan acceso a una educación idónea y de calidad, bien sea en instituciones educativas cercanas a su vivienda, o mediante la utilización de tecnologías que garanticen dicho acceso, tanto en los entornos rurales como urbanos*”¹¹⁶.

82. En este marco, teniendo en cuenta el mando de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales¹¹⁷, en aras de proteger el interés superior del menor, la jurisprudencia ha admitido limitaciones a la autonomía indígena cuando las autoridades del Estado tengan certeza que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños ¹¹⁸, empero su intervención debe ser razonable y proporcional, afectado en la menor medida posible el derecho a la diversidad étnica y cultural. Así pues, la obligatoriedad del interés superior del menor no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de población indígena. En consecuencia, los miembros de las comunidades étnicas están obligados, en el marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños la protección especial que ordenamiento jurídico vigente les reconoce.

83. En suma, el derecho a la consulta previa, en los términos del Convenio, es obligatorio cuando se prevean medidas administrativas –de cualquier índole– susceptible de *afectar directamente* al pueblo interesado. La determinación de este tipo de afectación no es tarea sencilla. Su configuración debe analizarse en *cada caso concreto*, considerando ciertos parámetros o criterios orientadores, tales como la revisión conjunta de los elementos subjetivo y objetivo de la comunidad destinataria de la consulta, la evidencia de la afectación y su posible o real impacto, así como posibles vulneraciones a los derechos de los niños reconocidos por el ordenamiento jurídico, de forma tal que la consulta previa no signifique un obstáculo para la realización de sus derechos.

G. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

84. Según se estableció, esta Sala estima la necesidad de establecer si las autoridades accionadas desconocieron los derechos fundamentales a la educación de menores indígenas en contexto propio, igualdad, consulta previa, debido proceso y autonomía de la comunidad Wayuú Jamichimana, con ocasión de dos actuaciones (i) al no aprobar la solicitud de legalización del aula satelital denominada Jamichimana y (ii) al trasladar a los menores indígenas del aula satélite denominada Jamichimana a un centro etnoeducativo.

85. En relación con la no aprobación de la solicitud de legalización del aula satélite, para la Sala es relevante destacar el contexto, los riesgos evidenciados en materia de educación preescolar, básica y media -en particular, debido a la

¹¹⁶ Ley 1098 de 2006, numeral 17, artículo 41.

¹¹⁷ La protección prevalente y especial de los menores de edad, ha sido reconocida, por ejemplo, por el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño de forma que su interés superior será “*una consideración primordial*” en todas las medidas concernientes a los menores. Del mismo modo, el artículo 24 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que todo niño tiene derecho a medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de la familia, como de la sociedad y el Estado.

¹¹⁸ Ver, por ejemplo, Sentencias T-080 de 2018

proliferación de aulas satélite¹¹⁹- así como las debilidades en materia de inspección y control en el sector educativo en del departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los municipios de Maicao y Uribia, pues es en dicho escenario en el que, como lo afirmaron las tutelantes, la Administradora se ha visto avocada a iniciar actividades de auditoría tendientes a organizar el funcionamiento del servicio público educativo, actividades que, como se evidenció durante el trámite tutelar, no se circunscribieron al aula de la comunidad Jamichimana, sino a otras noventa y seis (96) aulas de comunidades indígenas ubicadas en el Distrito de Riohacha, dentro de las cuales otras veintiséis (26) aulas satélite no fueron aprobadas.

86. Adicionalmente, la Sala constató la participación de la comunidad Jamichimana de manera previa a la decisión así como las actuaciones previas de la Administradora –a través de Comité de Cobertura-, así como el estado del aula, que “(...) tiene (i) un encerramiento total en tablas de madera que no cuenta con ventanas que permitan ventilación, (ii) la infraestructura es débil y propensa a accidentes por un eventual colapso de la misma; (...) [n]o se consideró apta debido a que no contaba con (i) una batería sanitaria, (ii) cocina típica y (iii) restaurante (...)”¹²⁰.

87. En este orden, en el caso concreto y de conformidad con las pruebas aportadas, contrario a lo afirmado por el juzgado de primera instancia, para la Sala es claro que la determinación adoptada mediante la Resolución 869, no implica *per se* una afectación directa y especial a la comunidad Jamichimana, en particular, a su identidad cultural y étnica, por las siguientes razones: (i) la decisión de no aprobación de un aula satélite si bien se relaciona con la comunidad indígena Jamichimana, no se trata de una medida dirigida solamente a esta, sino que ha sido parte de las medidas generales adoptadas por la Administradora en el marco de la medida correctiva; (ii) la Administradora promovió oportunidades de participación para los miembros de la comunidad, espacio que no puede implicar un poder de veto o bloqueo a la determinación que la misma deba tomar en ejercicio de sus facultades constitucionales de inspección y vigilancia para la garantía integral del derecho fundamental a la educación de los menores; (iii) la decisión de no aprobación del aula satélite no equivale propiamente a cerrar un establecimiento educativo como quiera que dicha aula no estaba funcionando de manera regular; (iv) la decisión estuvo precedida de criterios razonables en el marco de los mandatos de protección al menor y de eficiencia en la prestación del servicio; (v) aun en el escenario de que la decisión de no aprobación fuera consultable, al evidenciarse las condiciones deficitarias del aula, la protección especial y prevalente de los derechos de los menores a una educación integral, admite limitaciones al derecho fundamental a la consulta previa.

88. Ahora bien, para este Tribunal, el traslado de los menores indígenas del aula satélite denominada Jamichimana a un centro etnoeducativo, podría implicar *prima facie* una situación que afecta los derechos de la comunidad Jamichimana

¹¹⁹ “Existía un 41% de aulas denominadas como satélite que albergaban a 3.000 estudiantes” (Folio 31, cuaderno principal).

¹²⁰ Folio 31, cuaderno principal.

al posiblemente alterar su identidad étnica y cultural, sus usos y costumbres, motivo por el cual determinó su análisis individual.

89. En este sentido, a partir del estudio y análisis de las pruebas aportadas al expediente en sede de revisión, esta Sala constata que: (i) el Centro Etnoeducativo No. 12, a donde fueron trasladados los menores, cuenta con una política etnoeducativa o enfoque diferencial para la atención a comunidades indígenas pertenecientes al *pueblo Wayúu*, que reconoce su identidad cultural y lengua. En efecto, las accionantes se auto-identifican como integrantes de la etnia Wayúu sin evidenciar esta Sala ningún elemento adicional que, por el contrario, diferencie a la comunidad Jamichimana de las demás que forman parte de dicho pueblo; (ii) con anterioridad al traslado de los menores a la sede principal del Centro Etnoeducativo No. 12, la autoridad tradicional solicitó que los menores fueran atendidos en este centro “*para continuar con el dinamismo con el que venían trabajando*”¹²¹; (iii) el aula satélite Jamichimana dependía del Centro Etnoeducativo No. 12; (iv) la asistencia de las señoras María González, Yakelin Ipuana y otros diez padres de familia a una reunión con la Administradora en la cual se ratificó “[t]eniendo en cuenta la autonomía de los padres de familia en matricular a sus hijo (sic) donde mejor lo prefieran, se evidencia la matrícula en su totalidad de los niños y niñas de la comunidad Jamichimana en el centro etnoeducativo No. 12 sede principal Murray, así mismo el respectivo cargue en el SIMAT”¹²², sin apreciarse observación alguna en el acta por parte de las y los asistentes refutando dicha constancia. Finalmente, de conformidad con las pruebas que obran en el plenario, se evidenció que, (v) al momento de interposición de la acción de tutela, la comunidad Jamichimana contaba con un total de veintiocho (28) niños atendiendo clase y, a partir de su traslado, se verificó tanto en lo afirmado por las tutelantes como en la información reportada por la Administradora, un número de treinta y siete (37) estudiantes, esto es, nueve (9) niños más con acceso a la educación.

90. No obstante, la Sala llama la atención sobre las afirmaciones realizadas por las accionantes frente a posibilidades alternas en caso de no habilitarse el aula Jamichimana, al expresar que en tal caso no existe *ninguna otra opción* para que los niños reciban clase y que debido a la distancia entre el Centro Etnoeducativo No. 12 y las viviendas de Jamichimana, muchos menores *prefieren* no asistir a clase.

91. Con fundamento en los numerales 89 – 90 *Supra*, esta Sala no evidencia *afectación directa* a la identidad étnica y cultural, usos y costumbres de la comunidad Jamichimana en el traslado de los menores al centro etnoeducativo No. 12 toda vez que dicho establecimiento cuenta con una política etnoeducativa sensible a las condiciones, usos y costumbres del pueblo Wayúu del que hace parte dicha comunidad. Por ende, como lo indicó el Tribunal de instancia, el traslado de los estudiantes “*no se aparta de su entorno socio cultural ya que se encuentra en una zona habitada exclusivamente por*

¹²¹ Acta de reunión del doce (12) de marzo de 2018. Para el segundo semestre del año 2018, los menores fueron atendido en el Centro Etnoeducativo No. 12 (Folio 27, cuaderno principal).

¹²² *Ibidem*. CD

*miembros de la comunidad Wayúu*¹²³. Por el contrario, el traslado de los niños al Centro Etnoeducativo indica un incremento en la cobertura y acceso a la educación de los niños de la comunidad Jamichimana. Con todo, los miembros de esta comunidad, incluidas las tutelantes como madres de familia, tuvieron la oportunidad de participar efectivamente y en las mismas condiciones que el resto de la población colombiana, acerca del lugar de estudio de los menores, no correspondiéndoles desconocer con posterioridad dicha actuación.

92. Asimismo, especial llamado de atención merecen las afirmaciones rendidas por las tutelantes las cuales, en concepto de esta Sala de Revisión, reflejan posiciones intransigentes que a su vez pueden desincentivar la asistencia de sus menores hijos a clase, derecho que prevalece sobre otros derechos e intereses. En tal sentido, se resalta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo el desarrollo integral de sus hijos, así como su papel esencial en la prevención de la deserción escolar.

93. Ahora bien, en relación con el derecho de los niños de la comunidad Jamichimana a la educación integral, coincide esta Sala con el Tribunal de instancia en la necesidad de que este derecho se materialice de manera integral, más aun tratándose de la niñez Wayúu. De esta forma, es de relevancia revisar la distancia geográfica entre el lugar de vivienda de la comunidad Jamichimana y el Centro Etnoeducativo No. 12 aunado al estado de las vías de transporte narrado por las tutelantes, situación que representa la dimensión de accesibilidad material del derecho a la educación.

94. Para la Sala, la accesibilidad material lejos de apuntar a que exista una institución educativa en todos y cada uno de los centros poblados, busca que la misma se encuentre en una distancia geográfica *razonable* de las viviendas de los estudiantes máxime cuando se trata de menores que viven en áreas rurales. Así, cuando la institución educativa se encuentra lejos de su vivienda, las autoridades deben coordinar medidas para hacer los servicios educativos realmente accesibles para todos los niños, disponiendo, por ejemplo, sistemas de transporte escolar.

95. En este contexto, si bien no desconoce la Sala las actuaciones de la Administradora, tendientes a asegurar de manera integral el derecho a la educación de los niños de la comunidad –a través de la adición de la ruta Jamichimana (camperos y camionetas) en el mes de mayo de 2018, que viene prestando un servicio normal, así como la implementación de la estrategia de alimentación escolar para estos menores-, es preciso advertir a dicha Administradora sobre su obligación de prestar de manera continua dichos servicios en aras de garantizar el derecho fundamental a la educación integral de los niños y niñas de esta comunidad.

96. Así pues, una vez analizadas las actuaciones mencionadas y conforme a las pruebas allegadas a esta Corporación, concluye la Sala que las mismas no conllevaron a una afectación directa y especial de la diversidad étnica y cultural

¹²³ Ver folio 18, cuaderno 2.

de los niños de la comunidad Jamichimana ni de la comunidad en general, en lo que respecta a la consulta previa. En consecuencia, este Tribunal confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, únicamente respecto del derecho fundamental a la educación integral de los niños de la comunidad Jamichimana. Lo anterior, por cuanto, esta Sala constata que, aunque se han adelantado actuaciones en favor de la protección de este derecho, es necesario advertir a Administradora Temporal del Sector Educativo del Departamento de La Guajira, Distrito de Riohacha y los Municipios de Uribia y Maicao sobre su obligación de mantener el cumplimiento ininterrumpido de sus obligaciones en materia de educación, en particular, aquellas relacionadas con la prestación del servicio de transporte y alimentación escolar de los niños y niñas de la comunidad Jamichimana. Aunado a ello, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo, para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales, realice un seguimiento y acompañamiento a la misma.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

97. Le correspondió a la Sala Cuarta de Revisión determinar si las autoridades accionadas desconocieron los derechos fundamentales de la comunidad Jamichimana, en particular de sus niños, al no aprobar la solicitud de legalización de aula satelital denominada Jamichimana y al trasladar a los menores de dicha comunidad a un centro etnoeducativo.

98. En el marco del examen de procedibilidad de la acción de tutela, esta Sala encontró cumplidos los requisitos que componen este análisis. Frente al análisis de fondo, este Tribunal estimó necesario resaltar el contexto actual de la prestación del servicio público de educación en La Guajira Riohacha, Uribia y Maicao a efectos de analizar, a partir de ello, el derecho fundamental a la educación de los niños indígenas y la consulta previa, como componentes del derecho a la identidad étnica y cultural.

99. Frente al primero, esto es, la educación de los niños indígenas, esta Sala resaltó su derecho a acceder a una educación integral que se materializa a través de la corresponsabilidad entre la comunidad indígena, la familia y el Estado. En tal sentido, consideró necesario llamar la atención a las tutelantes en su condición de madres de familia en punto a su responsabilidad en el desarrollo integral de los menores y, en particular, frente a la deserción escolar. Asimismo, aunque reconoció las actuaciones de la Administradora frente a la garantía de este derecho, consideró necesario advertir a dicho ente el cumplimiento ininterrumpido de obligaciones en materia de educación.

100. En relación con la consulta previa, esta Sala constató la *ausencia de afectación directa* en las medidas adoptadas por la Administradora, esto es, (i) la decisión de no aprobar la solicitud de legalización de aula satelital denominada Jamichimana y (ii) el traslado de los menores de dicha comunidad a un centro etnoeducativo, por ende, la Administradora no se encontraba obligada a aplicar el procedimiento de consulta previa.

101. En efecto, frente a la primera medida, aunque esta no se limitó al aula Jamichimana pues obedeció a una medida general en el marco de la medida correctiva, la Sala pudo constatar la participación de la comunidad, actuación que no podía implicar un derecho de veto al cumplimiento de las funciones propias de inspección y vigilancia del servicio público de educación. Frente a la segunda medida, constató la Sala que el Centro Etnoeducativo cuenta con una política etnoeducativa y que, con anterioridad al traslado de los menores a dicho Centro, la comunidad pudo elegirlo en las mismas condiciones que el resto de la población, por lo que no les correspondía, con posterioridad, desconocer esta situación.

102. En consecuencia, la Corte Constitucional confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, únicamente respecto del derecho fundamental a la educación integral de los niños de la comunidad Jamichimana, por las razones acá expuestas. Aunado a ello, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la Defensoría del Pueblo, para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales, realice un seguimiento y acompañamiento a la misma.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el curso del presente proceso.

Segundo.- CONFIRMAR el fallo del dieciséis (16) febrero de 2018 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Penal que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, en lo que respecta al amparo al derecho fundamental a la educación de manera integral de los menores de la comunidad Jamichimana, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- ADVERTIR a la Administradora Temporal del Sector Educativo del Departamento de La Guajira, Distrito de Riohacha y los Municipios de Uribia y Maicao sobre el cumplimiento ininterrumpido de sus obligaciones, en aras de garantizar su derecho a la educación integral de todos los niños de la comunidad Jamichimana.

Cuarto.- A través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, **REMITIR** copia de la presente decisión a la Defensoría del Pueblo, para que realice el seguimiento y acompañamiento de la misma, de conformidad con sus competencias constitucionales y legales.

Quinto.- LIBRAR, a través de la Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General