DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION DE LAS COMUNIDADES ETNICAS Y SUS INTEGRANTES-Debe respetar y desarrollar su identidad cultural

(…), el derecho a la etnoeducación tiene una estrecha relación con la libre determinación de las comunidades indígenas para adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines.

DERECHO A LA AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Núcleo esencial

(…) la autonomía brinda la posibilidad a la misma comunidad, de rechazar, a través de distintos mecanismos, la entrada tanto de funcionarios como la ejecución de ciertos programas que no estén acordes con su creencia y con sus estilos de vida. Un mecanismo para hacerlo, son las protestas sociales, que no necesariamente implican la movilización social, sino la expresión de su disenso cuando la ejecución de una política pública podría amenazar su cosmovisión.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTUACIONES DE AUTORIDADES INDÍGENAS-Procedencia prevalente para la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes de comunidades indígenas

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE-Jurisprudencia constitucional

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE-Configuración

(…), para este momento el plazo del contrato (prestación de servicios educativos) ya venció. Además, porque el acuerdo bilateral suscrito para la vigencia de 2022 ya está en proceso de liquidación.

ETNOEDUCACION-Derecho fundamental con enfoque diferencial

(…) el derecho fundamental a la etnoeducación es una forma de materializar la autonomía, identidad étnica y cultural de las comunidades, pues una manera adecuada de preservar los usos y costumbres de una comunidad indígena es la de garantizar que la educación que se les ofrece a las nuevas generaciones se desarrolle conforme a sus tradiciones, creencias y lenguas. De ahí que, se entiende que opera en doble vía, pues es (i) un derecho connatural a todas las personas, incluidas quienes defienden una identidad cultural y étnica distinta y (ii) garantía del derecho a la identidad cultural.

DERECHO A LA ETNOEDUCACION DE COMUNIDADES INDIGENAS-Elementos/ETNOEDUCACION-Principios rectores o finalidades

DERECHO A LA ETNOEDUCACIÓN FRENTE A OTRAS GARANTÍAS FUNDAMENTALES-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites y ámbitos de aplicación/DERECHOS A LA ALIMENTACION ADECUADA Y A LA SEGURIDAD ALIMENTARIA-Sentido y alcance

(…) la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas implica la observancia de los principios a la participación, no discriminación, responsabilidad, transparencia y dignidad humana.

FUNCION PUBLICA-Naturaleza

PROCESO DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Procedimiento de selección del contratista/INTERES GENERAL-Importancia en la contratación administrativa

LEY ESTATUTARIA DE GARANTIAS ELECTORALES-Restricciones a la contratación pública

CONTRATO DE APORTE-Marco normativo/CONTRATO DE APORTE-Finalidad/CONTRATO DE APORTE-Características

CONTRATACION ESTATAL-Principios que la rigen

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES ETNICAMENTE DIFERENCIADAS-Niveles de participación

CONSULTA PREVIA-Facetas del derecho a la participación de las comunidades étnicas son proporcionales al nivel de afectación

CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO DE COMUNIDADES ETNICAS-Requisito en casos en que medida implique traslado, desplazamiento, manejo de desechos tóxicos y/o alto impacto social, cultural o ambienta

I

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

DIÁLOGO INTERCULTURAL-Alcance y contenido

DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL-Es una forma legítima para que los grupos de población exterioricen sus sentimientos e ideas

EXHORTO-Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Segunda de Revisión

SENTENCIA T-173 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.127.737 Acción de tutela presentada por el Instituto Colombiano

de Bienestar Familiar (ICBF) contra la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca (ORIVAC) y otros.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga.

Asunto: Etnoeducación en procesos contractuales de selección por invitación pública del ICBF, para prestar el servicio de atención en modalidad propia.

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. El asunto llegó a la Corte a través del tribunal que fungió como segunda instancia, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

1. El 30 de enero de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de esta Corporación escogió el proceso para su revisión.2 El 13 de febrero de 2023, la Secretaría General remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, para lo de su competencia.3

I. ANTECEDENTES

Presentación general del caso

1. El 26 de julio de 20224, a través de apoderado, el ICBF, actuando como agente oficioso, presentó acción de tutela en contra de la ORIVAC5 y otros.6 Para el demandante, los accionados vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la alimentación y a la educación de los niños y niñas con edades entre cero y cinco años pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca. Lo anterior, debido a que la Organización no permitió el ingreso del operador elegido para prestar los servicios de educación inicial, en el marco de la atención propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas. En criterio del accionado, el operador elegido no garantizaba su cosmovisión, de acuerdo con sus usos y costumbres, debido a que no tenía conocimiento sobre las comunidades indígenas en donde se iba a prestar el servicio.

1. Como pretensiones, el ICBF solicitó (i) permitir el acceso de la Fundación Social Vida o a cualquier entidad que preste servicios contratados por el ICBF, para la atención de niños, niñas y mujeres gestantes pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, y (ii) al alcalde municipal de Trujillo, a la Policía Nacional y a la personera municipal, para que garantizaran la atención de los niños y niñas pertenecientes a las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, en cumplimiento de sus funciones.7

Hechos

1. Desde el 2018 hasta el 2021, el ICBF suscribió con la ORIVAC, a través de contratación directa, unos acuerdos bilaterales de aporte, el 76.26.18.379 de 2018, el 76.26.190.279 de 20198, el 76.26.20.278 de 20209 y el del 2021, del cual se desconoce, en esta actuación, su número10, para prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral, en la modalidad propia e intercultural para las comunidades de Trujillo, Valle del Cauca.11

1. La atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, corresponde, según el ICBF, a las «estrategias y acciones pertinentes y de calidad desde lo propio y lo intercultural; funciona principalmente en territorios étnicos, zonas rurales y rurales dispersas del país; reconoce la diversidad y fortalece la identidad cultural como parte del desarrollo de las niñas y niños desde la gestación, e involucra a sabedores y autoridades étnicas como mediadores del desarrollo infantil»12, la cual hace parte de la Política para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, que busca potenciar el desarrollo integral de niñas y niños desde la gestación hasta los seis años, a través de la educación inicial en modalidad propia.

1. En enero de 2022, la demandante, con el fin de suscribir un nuevo contrato de aporte, también a través de la modalidad de contratación directa, realizó una invitación a la ORIVAC.13 Sin embargo, la entidad invitada no cumplió con la totalidad de los requisitos jurídicos, «situación que no pudo ser subsanada antes del 28 de enero de 2022, fecha en la cual entraba a regir la Ley de Garantías electorales».14

1. Debido a lo anterior, el 16 de marzo de 2022, el ICBF inició el proceso de selección contractual correspondiente a la invitación pública ICBF-RE- VALLE DEL

CAUCA-147028-2022SEN, con el objeto de «[p]restar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, respondiendo a las características propias de los territorios y comunidades, de conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Propia e Intercultural, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre».15

1. En los estudios y documentos previos16, la accionante especificó los siguientes aspectos:

1. Tipo de contrato: de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21.9 de la Ley 7 de 197917, el artículo 122 del Decreto Ley 2150 de 199518 y los artículos 2.4.3.2.719 y 2.4.3.2.920 del Decreto 1084 de 2015, el contrato resultado del proceso se denominaría contrato de aporte.

1. Modalidad de selección contractual: en relación con este tema, se señaló que, de acuerdo con el título IV, numeral 4 del Manual de Contratación vigente del ICBF21, el contrato de aporte se podía celebrar mediante contratación directa, exigiéndose a los participantes que: (i) se encontrasen habilitados «en el Banco Nacional de Oferentes de Primera Infancia - BNOPI» o (ii) en aquellos casos de organizaciones étnicas de reconocimiento especial, que no se encontrasen habilitadas en el Banco Nacional de Oferentes, estas estuvieren reconocidas y registradas ante el Ministerio del Interior.22

1. Sin embargo, el mencionado documento especificó que la modalidad de selección contractual que se llevaría a cabo era la de invitación pública, debido a la entrada en vigor de la Ley de Garantía Electorales. Precisó, además, que, desde el mes de enero de 2022, el ICBF venía adelantando las gestiones en las regionales para llevar el proceso de contratación a

través de contratación directa; sin embargo, «no se logró el perfeccionamiento de dichos contratos de aporte en la medida en que varias de las organizaciones étnicas no contaban con el requisito del registro por parte del Ministerio del Interior, dado que, se presentaron cambios en las juntas directivas y cabildos en el mes de diciembre de 2021»23; por tal razón, fue necesario adelantar el proceso de contratación a través de una convocatoria pública, teniendo en cuenta las restricciones fijadas en la Ley de Garantías Electorales.

1. Recordó que el artículo 3324 de la Ley 996 de 2005 y la Resolución N.º 1639 de 202225, expedida por la directora general del ICBF, impusieron restricciones en materia de contratación, con ocasión de las elecciones a la presidencia, vicepresidencia y Congreso de la República. Por lo anterior, el ICBF dispuso que «el proceso de selección se adelantará mediante un proceso competitivo establecido en el Procedimiento para la celebración de Convenios de Asociación en observancia a los principios de selección objetiva, transparencia, e igualdad que rigen la contratación estatal».26 Así, se dispuso que el proceso de contratación iniciara a través de una invitación pública y un proceso administrativo de selección, con la aplicación de unos criterios de verificación, selección y desempate que permitieran la participación de varios oferentes, en el marco de un proceso competitivo, que era viable en la aplicación de la normativa sobre garantías electorales.

1. Por las anteriores razones, en dicho proceso se permitió la participación de aquellas entidades que se encontraban habilitadas en el Banco Nacional de Oferentes de Primera Infancia (en adelante BNOPI) y de las organizaciones étnicas de reconocimiento especial, las cuales debían acreditar las condiciones mínimas en los componentes jurídico y financiero; se precisó además que en el proceso contractual se garantizarán los principios de igualdad, transparencia, libre concurrencia y selección objetiva, así como el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana. En tal sentido, en el formato de estudios y documentos previos se puntualizó que:

[S]i bien podrán participar dentro del presente proceso de contratación las entidades que se encuentren habilitadas en el Banco Nacional de Oferentes de Primera Infancia, también

tendrán la oportunidad de manifestar interés las organizaciones étnicas de reconocimiento especial que no se encuentren habilitadas en el citado Banco, esto en cumplimiento a las normas constitucionales y las diversas providencias de la Corte Constitucional citadas a lo largo de la justificación de la necesidad de estos estudios previos, donde es posible que participen estas entidades con pertenencia étnica como sujetos colectivos, promoviendo con ello su participación en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y recibiendo un tratamiento igualitario como representantes de los pueblos indígenas y de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y rom27

1. Sin perjuicio de lo anterior, se puntualizó que las organizaciones étnicas debían cumplir con los requisitos mínimos y criterios de selección para la invitación pública, sin que fuera decisivo su origen étnico.

1. Plazo de ejecución: Para la vigencia de 2022, se estableció que el contrato se ejecutaría hasta el 31 de diciembre de ese año.

1. Criterios mínimos habilitantes, de verificación y de selección:

* Criterios mínimos habilitantes: el comité evaluador verificaría la no existencia de antecedentes fiscales, disciplinarios, judiciales y de medidas correctivas.28

* Criterios de verificación: capacidad residual de contratación29, talento humano30 e IDEAS.31

* Criterios de selección: Se fijó que la experiencia en el territorio daría 45 puntos; la

experiencia en territorios indígenas no habilitados y en territorios de población negra, afrocolombiana, raizal, palenquera daría 10 puntos; y la trayectoria y sanciones daría 45 puntos.32

1. Se dispuso además que «la selección del proponente ubicado en el primer orden de elegibilidad para la suscripción del contrato para la respectiva circunscripción territorial municipal y del rango que se esté agotando, deb[ía] acreditar mínimo 60 puntos en los criterios de selección».

1. En el proceso de selección participaron dos oferentes, la Fundación Social Vida33 y la ORIVAC34, siendo escogida la primera, por cumplir con los requisitos habilitantes y los criterios de verificación. Adicionalmente, de acuerdo con el informe de evaluación definitivo, la Fundación Social Vida obtuvo una calificación de 60 puntos, mientras que la ORIVAC 55,41360 puntos, determinándose que no cumplía con el puntaje mínimo para ser seleccionada.35

1. Por medio de la Resolución N.º 2486 del 8 de abril de 202236, el ICBF adjudicó la invitación pública al proponente Fundación Social Vida. En consecuencia, el 19 de abril de ese mismo año, el ICBF y el adjudicatario suscribieron el contrato N.º 01014682022.37 En las cláusulas específicas, se estipularon obligaciones relacionadas con (i) el componente de familia, comunidad y redes, (ii) proceso pedagógico, (iii) salud y nutrición y (iv) recepción, almacenamiento, suministro, inventario y custodia de los alimentos de alto valor nutricional, (v) talento humano, entre otros38, y se señaló que el objeto del contrato era el de «[p]restar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, respondiendo a las características propias de los territorios y comunidades, de conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Propia e Intercultural, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre».39

1. El 6 de mayo de 2022, en el marco de la fase preparatoria para la ejecución del contrato, el ICBF adelantó una reunión en el resguardo Kipara40-41. Durante la misma, tanto la ORIVAC como los gobernadores de las comunidades Kipara, Drua Do, Dachini y Kibaregamo42 manifestaron su inconformidad con la operación de la Fundación Social Vida, pues, en su criterio, dicho prestador no reconocía su identidad cultural y el enfoque diferencial de sus comunidades étnicas.

1. Ante esta situación, la supervisora del contrato citó a una reunión el 19 de mayo de 2022, en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca, en la que se pretendía resolver la negativa de los líderes indígenas, en cuanto a permitir la operación de la Fundación Social Vida, por lo cual, se convocó a los gobernadores indígenas de las comunidades antes mencionadas.

1. A pesar de no asistir a la reunión, los líderes indígenas enviaron un escrito de «[i]nsurrección por violación de los derechos de los pueblos indígenas del Valle del Cauca».43 En el documento, manifestaron que (i) no les era aplicable la Resolución N.º 2486 del 8 de abril de 2022, mediante la cual se adjudicó el contrato, por desconocer sus derechos como pueblos indígenas; (ii) la Fundación Social Vida y la Fundación Colombo-Suiza no eran organizaciones representativas de sus comunidades, por el contrario, la ORIVAC sí lo era; (iii) se violaron los derechos de los niñas, niños y adolescentes, al desconocer que su atención debía realizarse conforme a sus costumbres culturales.44

1. Finalmente, el 6 de junio de 2022, se desarrolló una reunión en la Regional del ICBF, Valle del Cauca, en la que participaron el director regional de la mencionada entidad pública, la supervisora del contrato, varios colaboradores del ICBF, agentes de ORIVAC y algunos líderes indígenas. En esta ocasión, se reiteró la negativa de permitir que otro operador diferente a la ORIVAC atendiera a los niños y niñas de las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca.45

1. Por las anteriores razones, no se pudo ejecutar el contrato de aporte N.º 0101468202246 en los territorios de esas comunidades étnicas, lo que llevó a las partes a modificarlo en los siguientes aspectos: (i) se asignaron los 98 cupos para la atención en modalidad propia e intercultural en el municipio de Tuluá, Valle del Cauca; (ii) se disminuyó el valor del contrato, «en razón al inicio tardío de la atención, el cual inició el 01 de julio de 2022»47; y (iii) se disminuyó el registro presupuestal por lo que el contrato se ejecutó en el municipio de Tuluá, Valle del Cauca, con la Fundación Social Vida. De acuerdo con los informes de supervisión48, el contrató inició el 27 de julio de 2022 y terminó el 31 de diciembre de ese mismo año.49 Actualmente, está en trámite de liquidación.50

1. En virtud de la modificación hecha al acuerdo bilateral, durante la vigencia del contrato se prestó el servicio a 98 menores de edad en el marco de lo establecido en el Manual Operativo para Modalidad Propia en el municipio de Tuluá, Valle del Cauca, a través de experiencias de cuidado y crianza en el hogar y acompañamiento psicosocial y de acciones de fortalecimiento y movilización de la comunidad, alrededor de la protección de los niños y niñas. También se entregaron las raciones alimentarias y alimentos de alto valor nutricional; por otro lado, no se reportaron casos de niños con desnutrición y se llevaron a cabo procesos pedagógicos que dieron lugar a las acciones de fortalecimiento y revitalización de la cultura.51

Antecedentes procesales

Demanda

1. Por los anteriores hechos, el 26 de julio de 202252, el ICBF, obrando mediante apoderado y en calidad de agente oficioso, interpuso una acción de tutela en contra de la ORIVAC y otros, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la

alimentación y a la educación de los niños y niñas con edades entre cero y cinco años, pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca.

1. Como pretensiones de la acción de tutela, se solicitó que se ordenara a los accionados (i) permitir el acceso de la Fundación Social Vida o a cualquier entidad que preste servicios contratados por el ICBF, para la atención de niños, niñas y mujeres gestantes pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo y (ii) al alcalde municipal de Trujillo, Valle del Cauca, a la Policía Nacional y a la personera municipal para que garantizaren la atención de los niños y niñas pertenecientes a las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, en cumplimiento de sus funciones.55

Trámite de primera instancia

1. El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá admitió la demanda, mediante auto del 26 de julio de 2022, y vinculó a la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno; a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior; a la Procuraduría General de la Nación; al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca; al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal Tuluá; al Equipo Técnico de Seguimiento a la Ejecución de los Contratos de Primera Infancia del ICBF -Centro Zonal Tuluá; al Enlace Étnico del Centro Zonal Tuluá del ICBF; a la Alcaldía de Tuluá; a la Personería de Tuluá; al Centro Zonal de Trujillo, del ICBF; al Enlace de Primera Infancia del ICBF de Trujillo, Valle del Cauca; al Enlace Étnico del ICBF de Trujillo, Valle del Cauca; a la Alcaldía de Trujillo, Valle del Cauca; a la Personería de Trujillo, Valle del Cauca; a la ORIVAC; a la Fundación Social Vida; a la Organización Nacional Indígena de Colombia; a la Policía Nacional del Valle del Cauca; a las Estaciones de Policía de Tuluá y Trujillo, Valle del Cauca; a los Centros Zonales de Roldanillo y Sevilla, del ICBF; y a la Defensoría del Pueblo.56 Posteriormente, mediante autos del 3 de agosto57 y 13 de septiembre de 202258, vinculó al

Ejército Nacional y a la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia.

Respuesta de las accionadas y vinculadas

Personería de Trujillo, Valle del Cauca

1. El 26 de julio de 2022, la Personería de Trujillo, Valle del Cauca, informó que el ICBF se comunicó con la ORIVAC, sin especificar la fecha, para llevar a cabo una contratación directa con la accionada. Sin embargo, no fue posible contratar con la Organización porque le faltaba la actualización del registro ante el Ministerio del Interior, que tenía vigencia de agosto de 2018 a agosto de 2021.

1. Informó además que, de acuerdo con la Ley 996 de 200559, el ICBF tenía plazo para contratar hasta el 29 de enero de 2022. Por lo que, atendiendo a la situación, se vio «en la obligación de realizar convocatoria abierta del programa de MODALIDAD PROPIA INTERCULTUTAL (sic)».60 En este proceso, resultó elegida la Fundación Social Vida.

1. En atención a lo anterior, la adjudicataria se presentó ante el gobernador del resguardo Druado, sin embargo, «la fundación tan solo recibió malos tratos por parte de los integrantes del resguardo y refieren que ellos no están dispuestos a recibir dicho programa».61 Por lo anterior, el ICBF convocó a tres reuniones para tratar de mediar la situación, pero no se obtuvo respuesta positiva por parte de los gobernadores indígenas y de la ORIVAC.

Defensoría del Pueblo, Regional Valle del Cauca

1. El 27 de julio de 2022, la Defensoría del Pueblo, Regional Valle del Cauca, manifestó su preocupación frente a los hechos objeto materia de tutela. Expresó que «al no permitir el desarrollo del contrato suscrito con Fundación Social Vida, se están vulnerando los derechos fundamentales de los niños y niñas indígenas quienes son titulares del derecho a una especial protección por parte del Estado en atención no solo a las circunstancias que justifican el estatus jurídico especial de los niños en general, sino a la circunstancia de pertenecer a un grupo indígena».62

1. A su juicio, las comunidades indígenas estarían vulnerando los derechos fundamentales de los niños y niñas, sin fundamento legal alguno y desconociendo un proceso de contratación pública. Así, consideró que esta situación «puede resolverse con el nuevo operador, en aras de facilitar a los niños el acceso a la educación, salud, alimentación, entre otros».63 Por tanto, consideró necesaria la intervención del juez constitucional para que se ordenase a las autoridades indígenas y a las municipales la facilitación del desarrollo del contrato suscrito.

Procuraduría Novena Judicial II, para la Defensa de la Niñez, la Adolescencia, la Familia y la Mujer en el Distrito Judicial de Buga

1. El 28 de julio de 2022, el procurador noveno judicial II para la defensa de la niñez, la adolescencia, la familia y la mujer en el distrito judicial de Buga64, en respuesta a la acción de tutela, estimó, de una parte, que correspondía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dictaminar sí el acuerdo bilateral cumplía con los requisitos exigidos por las normas que rigen la contratación estatal.

1. De otra parte, consideró que el contrato debía seguirse ejecutando, hasta tanto no fuera

declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción penal. Esto, dado que los 90 niños indígenas estarían siendo privados del disfrute del derecho a recibir una educación y una nutrición adecuada.

Alcaldía de Trujillo, Valle del Cauca

1. En su respuesta, la Alcaldía Municipal de Trujillo, Valle del Cauca, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela, debido a que fue el ICBF la autoridad encargada de llevar a cabo el proceso contractual referido en la demanda.65

Alcaldía de Tuluá, Valle del Cauca

1. En respuesta del 28 de julio de 2022, la Alcaldía Municipal de Tuluá, Valle del Cauca, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela. En su criterio, carecía de legitimación por pasiva y no existían pruebas para poder endilgarle una presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales presuntamente transgredidos.66

ORIVAC

1. El 28 de julio de 2022, la ORIVAC manifestó su desacuerdo frente a la modalidad de contratación. Resaltó que cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto 252 de 2020 y el Decreto 1088 de 1993 para la realización de la contratación directa.

1. Además, resaltó que el ICBF llevó a cabo la contratación tardíamente y no consultó con las comunidades indígenas la modalidad de contratación a llevar a cabo. En ese sentido, enfatizó

que «no es acorde que un operador del norte del país y ajeno a la cultura del Valle del Cauca opere esta modalidad, por tal motivo la comunidad y las autoridades indígenas no permiten el ingreso de este operador porque esto llevaría a generar una desarmonía espiritual, cultural, administrativa y política en el territorio».67

Ministerio del Interior

1. El 28 de julio 2022, el Ministerio del Interior solicitó que, en lo que tenía que ver con él, se declarara improcedente la tutela (i) por falta de legitimación en la causa por pasiva y (ii) por la inexistencia de una vulneración de los derechos fundamentales por parte de esa entidad.68

Policía de Tuluá, Valle del Cauca

1. El 27 de julio de 2022, la Policía de Tuluá informó que miembros del GAO-r compañía Adán Izquierdo tenían incidencia en diferentes veredas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca. Por lo anterior «se realizan actividades de control directamente en esos asentamientos municipio de Trujillo por motivos de seguridad, ya que no se cuenta con presencia policial en el sector».69

1. Además, informó que tuvo conocimiento que, en el año 2019, la administración municipal

requirió el acompañamiento de la Policía. Al llegar «los habitantes del resguardo, salieron de forma agresiva armada con palos, machetes, piedras entre otros, impidiendo el ingreso a su territorio, evitando de esta manera desplegar las actividades que se tenían preparadas en beneficio de la comunidad indígena, más exactamente integración de los niños, niñas y adolescentes».70 Por lo cual, desde ese momento no se ha realizado ningún tipo de actividades con dicha población.

1. Sin embargo, destacó que se tiene contacto permanente con la Personería Municipal y la oficina de ASOVIDNCA de la Alcaldía de Trujillo, Valle del Cauca, y no se ha reportado ningún caso con población indígena.

Personería de Tuluá, Valle del Cauca

1. El 28 de julio de 2022, la Personería Municipal de Tuluá, Valle del Cauca, manifestó que no conocía de la problemática presentada en las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, por lo que al pertenecer ellas a ese municipio, le correspondía a la Personería de ese lugar la competencia para suministrar información al respecto.71

Presidencia de la República

1. Solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela por (i) falta de legitimación por pasiva de la entidad y (ii) por inexistencia de una acción u omisión por parte del Gobierno nacional que vulnerare o amenazare los derechos fundamentales alegados.72

Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

1. La acción de tutela incoada fue conocida en primera instancia por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá, el cual, mediante sentencia del 8 de agosto de 2022, declaró improcedente la acción de tutela.73 Sin embargo, por medio de auto del 12 de septiembre de 2022, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga declaró la nulidad de lo actuado ya que el a quo no había vinculado a la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia.74

1. Por lo anterior, el 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá procedió a vincular a la mencionada entidad.75 Luego, mediante providencia del 20 de septiembre de 2022, declaró improcedente la acción de tutela,76 por no cumplirse el requisito de subsidiaridad. El juzgado consideró que debía acudirse a la consulta previa, en aras de garantizar un pronunciamiento que generara la menor intromisión en los derechos de la comunidad indígena y tal mecanismo podría lograr una solución amigable a la problemática. Para tales efectos, resaltó la Sentencia SU-245 de 2021, en donde se concluyó que la consulta previa es exigible cuando se trate del nombramiento de funcionarios técnicos o administrativos y ella «se concibe como un mecanismo idóneo para solventar la problemática en cuestión».77

Impugnación

1. El ICBF impugnó la sentencia de primera instancia.78 En primer lugar, estimó que la acción de tutela cumplió con el requisito de subsidiariedad, porque agotó las instancias de diálogo

con la comunidad indígena. Explicó que desarrolló un proceso de concertación que fue fallido y, en ese sentido, no fue eficaz para garantizar y proteger los derechos fundamentales de los niños y niñas indígenas en primera infancia. Así, consideró que el a quo valoró indebidamente las pruebas aportadas por el ICBF, con las cuales se demostraba el diálogo previo con los líderes indígenas.

1. En segundo lugar, insistió en que los líderes indígenas pretendían imponer a un operador a través de vías de hecho, por encima del proceso contractual adelantado, en el cual participaron, pero fueron superados por otro competidor.

Decisión de tutela de segunda instancia

Actuaciones en sede de revisión

Selección

1. El 30 de enero 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Uno de la Corte Constitucional seleccionó para revisión la sentencia de tutela dictada en el proceso identificado con el número T-9.127.737. El conocimiento del proceso fue asignado, por reparto, a la Sala Segunda de Revisión.80 Los criterios de selección fueron: (i) asunto novedoso, (ii) exigencia de aclarar el contenido de un derecho fundamental y (iii) urgencia de proteger un derecho fundamental.

Decreto y práctica de pruebas

1. Dentro del trámite de revisión de la acción de tutela de la referencia se profirió auto de pruebas, el 28 de febrero de 2023. Esta providencia ordenó oficiar al ICBF, a la ORIVAC, a la Fundación Social Vida, al Ministerio del Interior y al Ministerio de Educación Nacional, para que brindaran información respecto de la invitación pública ICBF-RE- VALLE DEL CAUCA-147028-2022SEN. De la información solicitada, se obtuvieron las siguientes respuestas:

Contestación del Ministerio de Educación Nacional

1. El 16 de marzo de 202381, el Ministerio de Educación Nacional explicó que, según lo dispuesto en la Ley 1804 de 201682 y el Decreto 1953 de 201483, el ICBF tiene la función de prestar los servicios de educación inicial a la población en primera infancia, incluyendo a las niñas y niños pertenecientes a las comunidades indígenas. Informó que los servicios de educación inicial y atención a la primera infancia del ICBF se prestan bajo su autonomía institucional y presupuestal y se organizan de acuerdo con lo definido en sus lineamientos técnicos y programáticos, consagrados en los manuales operativos de sus modalidades de atención.

1. Por otra parte, puso en conocimiento que le correspondía al Ministerio de Educación Nacional, como ente rector de la educación en el país, en virtud de las disposiciones contenidas en los artículos 5.º y 13 de la Ley 1804 de 2016, la orientación política, técnica y la reglamentación de la educación inicial. Por tanto, las competencias del Ministerio de Educación Nacional, en relación con la modalidad propia e intercultural que opera el ICBF, se refieren a la definición de la línea técnica para la educación inicial, a través de la

construcción de referentes conceptuales, pedagógicos y metodológicos y a orientar y dar directrices frente a los procesos de cualificación y formación del talento humano en atención integral a la primera infancia.

1. Respecto de las funciones de inspección y vigilancia, sostuvo que están delegadas en los gobernadores y alcaldes, conforme con lo dispuesto en el artículo 2.3.3.2.2.4.5. del Decreto 1411 de 202284, quienes las desarrollan a través de las secretarías de educación o de las dependencias que determinen, en el marco de su autonomía.

1. De acuerdo con lo anterior, el Ministerio de Educación Nacional sostuvo que no era de su competencia la vigilancia y seguimiento a los contratos de prestación de servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en modalidad propia e intercultural que opera el ICBF. En esa medida, no tenía injerencia alguna en los contratos celebrados por el ICBF para la prestación de los servicios de educación inicial que tiene a cargo, en virtud de las disposiciones de la Ley 1804 de 2016 y del Decreto 1953 de 2014.

Respuesta de la ORIVAC

1. El 16 de marzo de 2023, la ORIVAC informó que se encuentra constituida desde el 16 y 17 de abril de 199485 y que el 30 de junio de 199486 se inscribió en el libro de registro de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas del Ministerio del Interior, registro que está activo, y que fue renovado por última vez el 13 de febrero de 2022.87

1. Así mismo, comunicó que actualmente la organización se compone de las siguientes cinco comunidades indígenas: Embera, Nasa, Wounaan, Sol de los Pastos y Yanakunas, las cuales se encuentran organizadas bajo la figura de resguardos, cabildos o asentamientos, a lo largo

de 27 municipios del Valle del Cauca.

1. Por otra parte, manifestó que ha participado activamente en los procesos de concertación con ICBF, desde el 2018 hasta el 2021. En esos años, prestó los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en modalidad propia a las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, en calidad de operador.88

2. Recalcó que la contratación de la Fundación Social Vida no reconoce su enfoque étnico. Al respecto, puntualizó que las comunidades indígenas cuentan con un marco del sistema educativo indígena propio y los proyectos educativos comunitarios, que son formulados de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad. Sin embargo, «en este proceso efectivamente se [vulneraron] estos principios debido a que la fundación no pertenece a ninguna organización indígena del país, por lo cual esta última no cumpliría con los lineamientos de enfoque diferencial requeridos»89, porque el operador elegido es totalmente ajeno a la cultura del Valle del Cauca.

1. Por esta razón, en ejercicio de su autonomía, la comunidad y las autoridades indígenas no permitieron el ingreso del operador, al considerar que causaría una inestabilidad en el territorio, por rompimiento de la armonía espiritual, cultural, administrativa y política que opera en esta zona.

1. De conformidad con lo anterior, consideró que debía ser ella quién prestara el servicio, ya que de «manera principal conocen y manejan el enfoque diferencial y tiene relaciones de confianza las cuales originan mayor cercanía con la comunidad, por lo cual dicha contratación debería manejarse en común acuerdo con las respectivas comunidades».90 Además, era quien podía identificar, con mayor facilidad, sus necesidades y determinar de manera más idónea las problemáticas encontradas, en materias alimentarias, de educación, recreación, ente otras.

Respuesta de la Fundación Social Vida

1. El 16 de marzo de 2023, la Fundación Social Vida informó que se constituyó en Riohacha, La Guajira, en 199891, con el fin de practicar el altruismo con distintos sectores poblacionales de la sociedad, incluyendo las comunidades indígenas de la Nación y las del departamento de La Guajira.

1. Por otra parte, manifestó que suscribió un contrato de aporte con el ICBF, sin embargo, no prestó los servicios contratados, toda vez que las comunidades indígenas a las cuales se debía prestar el servicio no permitieron la entrada de la Fundación en su territorio.92 No pudo garantizarles a estas comunidades indígenas sus costumbres, su cosmovisión y cultura, porque, dada la negativa de las comunidades, no hubo una concertación sobre temas importantes para prestar el servicio de educación inicial.

Respuesta del ICBF

1. En ese sentido, el contrato de aporte para garantizar la prestación de los servicios de la modalidad de atención propia e intercultural, identificado con el N.º 01014682022 del 19 de abril de 2022, fue celebrado con un contratista seleccionado del BNOPI, constituido a través

de la Resolución N.º 11974 de 2019 y actualizado mediante la Resolución N.º 5045 de 2021, debido a que para la época del perfeccionamiento del acuerdo bilateral existían restricciones en materia de contratación, con ocasión de las elecciones a la presidencia, vicepresidencia y Congreso de la República. De allí que, en esta ocasión, el proceso de contratación se adelantó a través de una invitación pública mediante la presentación de pluralidad de oferentes y que conllevó a un proceso de selección objetivo, transparente y con igualdad de oportunidades.

1. Adicionalmente, expuso que la contratación de los servicios del ICBF se orienta por un régimen especial y, en lo no previsto en dicho régimen de excepción, se da aplicación, de manera complementaria, a lo dispuesto por el Manual de Contratación del ICBF95 y, de manera subsidiaria, a la normatividad de contratación pública. En este caso, el proceso de invitación pública se asemeja al de la licitación pública de que trata la Ley 80 de 1993.96

1. De igual manera, resaltó que en los estudios previos del contrato se hicieron consideraciones especiales para el respeto y garantía de las costumbres y cosmovisión de las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca; sobre este tema expuso:

Se perfeccionará el contrato de aporte, con la finalidad de dar continuidad a la prestación del servicio de la Modalidad de atención Propia e Intercultural, en el departamento de Valle del Cauca, en el marco de la atención integral a 98 niños y niñas del municipio de Trujillo, con el objetivo de garantizar la atención en el marco del enfoque diferencial desde la perspectiva de la protección integral y la diversidad, aspecto que implica articular acciones para brindar una atención que reconozca las particularidades del desarrollo infantil como aspecto incluyentes, estableciendo escenarios que propicien la participación de la población en primera infancia pertenecientes a grupos poblacionales históricamente segregados, lo cual amerita atención prioritaria basados en el reconocimiento de lo territorial, el ciclo vital, la pertenencia étnica, el género y la discapacidad

1. Por otra parte, manifestó que la prestación de los servicios de atención de la modalidad propia e intercultural en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca, durante las vigencias 2019, 2020 y 2021, fue efectuada por la ORIVAC, contratada bajo modalidad directa, a través de contratos de aporte.

1. Así mismo, aclaró que el proceso de contratación para garantizar la continuidad de la atención de los servicios de primera infancia en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca, inició en enero de 2022. En ese proceso, se hizo invitación a la ORIVAC, con el propósito de celebrar el contrato de aporte. Sin embargo, para ese momento, la entidad no cumplió con la totalidad de los requisitos jurídicos, situación que no pudo ser subsanada antes del 28 de enero de 2022, fecha en la cual entraba a regir la Ley de Garantías Electorales.

1. Dado lo anterior, el ICBF procedió a adelantar los respectivos procesos administrativos a través de una invitación pública. Una vez aplicados los criterios para la selección del operador, se concluyó que la ORIVAC no cumplía con el puntaje mínimo, al no acreditar, por lo menos, 60 puntos, lo cual sí logró la Fundación Social Vida.

1. Manifestó que, ante la negativa de la comunidad de permitir la prestación del servicio, debió modificar el contrato de aporte N.º 01014682022 del 19 de abril de 2022, para trasladar los 98 cupos del municipio de Trujillo al municipio de Tuluá. En este se prestaron los servicios de educación inicial en la modalidad propia e intercultural por la Fundación Social Vida.

1. Por último, informó que el 22 de febrero del 2023, se remitió a la Regional Valle del Cauca la documentación respectiva para adelantar la liquidación del contrato de aporte N.º 01014682022 del 19 de abril de 2022, proceso que se encontraba en trámite.

Respuesta del Ministerio del Interior

1. El 28 de marzo de 2023, el Ministerio del Interior confirmó que la ORIVAC se encuentra registrada en el Registro de Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, desde el 30 de junio de 1994, y que el último registro que se reporta de la Asociación es del 3 de febrero de 2022.97

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Corresponde a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional la revisión de la sentencia del 28 de octubre de 2022, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Teniendo en cuenta que la sentencia que se revisa confirmó la decisión de primera instancia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela, la Sala, antes de estudiar el fondo del asunto, si a ello hubiera lugar, verificará los requisitos de procedibilidad de esta acción constitucional, para verificar su cumplimiento en el presente proceso.

Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela

1. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos resulten comprometidos por la acción u omisión de autoridades o particulares. No obstante, pese a la informalidad que se predica de este mecanismo, su procedencia está sometida al cumplimiento de los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

Legitimación

1. La legitimación se refiere, en esencia, al interés que ostentan quienes intervienen en el trámite constitucional, bien porque son titulares de los derechos cuyo restablecimiento se discute (activa) o porque tienen la capacidad legal de responder por la vulneración o amenaza alegada (pasiva).

Legitimación por activa

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece la facultad que tiene toda persona para interponer la tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. Según esta norma constitucional, es el titular de los derechos fundamentales cuya protección o restablecimiento persigue quien está legitimado para interponer la solicitud de amparo.

1. La legitimación para presentar la acción de tutela está regulada por el artículo 1098 del

Decreto 2591 de 1991, que dispone que puede presentarse: (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) de agente oficioso.99 El inciso final de este artículo también faculta al defensor del pueblo y a los personeros municipales para ejercer la tutela directamente.

1. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha definido los parámetros que permiten identificar en qué casos el juez de tutela debe considerar que existe legitimidad del agente oficioso. En casos de menores de edad, esta Corporación también ha precisado que para agenciar sus derechos no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer a aquel el deber de manifestar que el afectado en su derecho fundamental no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, por cuanto se trata de niños y niñas.100 Es decir que, en estos casos, el mencionado requisito se flexibiliza.101 Igualmente, se ha indicado que, a pesar de que, en principio, los legitimados para presentar la acción de tutela son los padres, en virtud de la patria potestad, esto no impide que otras personas actúen como agentes oficiosos para la defensa de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

1. En ese sentido, la jurisprudencia ha considerado que, en virtud del artículo 44 de la Constitución, se puede exigir a toda persona y a las autoridades competentes «el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño»102, sin que la intervención de terceros se entienda restringida a un mecanismo específico de protección de derechos. Por tanto, en casos de posibles vulneraciones de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la agencia oficiosa se acredita cuando (i) el agente manifieste su intención de actuar como tal, (ii) el o la representante legal esté en condiciones que le imposibiliten promover su defensa y (iii) se esté ante un escenario de vulneración grave e inminente de los derechos fundamentales de los menores de edad.103

1. Explicado lo anterior, la Sala encuentra que el ICBF presentó la acción de tutela como agente oficioso y como entidad encargada de la protección de los derechos de los niños,

niñas y adolescentes. Tenemos así que, de acuerdo con la Ley 75 de 1968104, el ICBF es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. En el marco de sus funciones, tiene por objeto propender y fortalecer la integración y desarrollo armónico de la familia, proteger a los niños, niñas y adolescentes y garantizarles sus derechos. En específico, le corresponde ejecutar las políticas del Gobierno Nacional en materia de fortalecimiento de la familia y protección al menor de edad105 y suscribir contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.106

1. En ejercicio de la función de protección y de garantía de derechos antes referida, las acciones del ICBF deben desarrollarse desde lo propio e intercultural, porque «la diversidad fortalece la identidad cultural como parte del desarrollo de las niñas y niños desde la gestación»107, con ello se refuerza, en su educación, el respecto de su cultura y de sus tradiciones.

1. Con fundamento en lo expuesto, en materia de servicios de educación inicial, se ha atribuido al ICBF la función de prestar estos servicios en primera infancia, incluyendo a las niñas y niños pertenecientes a las comunidades indígenas.108 Por ejemplo, para la ejecución de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre.109

1. Por lo anterior, la Sala encuentra acreditado el requisito de legitimación por activa, pues fue la autoridad administrativa responsable de la política y dirección del sistema de infancia, de prestar los servicios de educación con un enfoque integral y de velar por los derechos fundamentales de los niños y niñas, quien, como agente oficioso, presentó la acción de tutela, en procura de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la alimentación y a la educación de los niños y niñas miembros de las comunidades indígenas del municipio Trujillo, Valle del Cauca.

1. En el caso objeto de estudio, se cumplen los parámetros jurisprudenciales para acreditar la agencia oficiosa, por las siguientes razones: (i) quien obró como tal, así lo manifestó; (ii) quienes ejercían la patria potestad no formularon ningún reparo contra dicha actuación y tampoco realizaron ninguna actuación administrativa o judicial, en procura de la defensa de los derechos fundamentales supuestamente amenazados de los menores de edad110; y (iii) se está ante un posible escenario grave e inminente de vulneración de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Legitimación por pasiva

1. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad o de los particulares contra quienes se dirige la acción, de ser los llamados a responder por la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, en caso de que la transgresión resulte probada.111

1. De acuerdo con el artículo 86 superior, la legitimación por pasiva exige acreditar dos requisitos: (i) que la acción se dirige contra autoridades o particulares que presten un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

1. En el presente caso, la solicitud de amparo se dirigió en contra de la ORIVAC y de Rodrigo Velázquez Aizama, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Kipara de Trujillo, Valle del Cauca; Albeiro Niaza Namundia, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Drúa Do de Trujillo, Valle del Cauca; Saúl Maigara Guaquerama,

consejero mayor y representante legal del asentamiento Kibaregamo de Trujillo, Valle del Cauca; y Samuel Nacequia, consejero mayor y representante legal del asentamiento Dachi Ni de Trujillo, Valle del Cauca.

1. La ORIVAC es una entidad de derecho público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa. Dicha entidad agrupa a diferentes cabildos indígenas del departamento del Valle del Cauca y entre sus diferentes funciones se encuentra la de «fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes».112

1. Los cabildos indígenas, por su parte, están concebidos en el ordenamiento jurídico como entidades públicas de carácter especial que sirven a la organización socio política de un grupo étnico. Están regidos por representantes, quienes ejercen la autoridad, de conformidad con: (i) la Constitución y la ley, (ii) así como en acatamiento de los usos, costumbres y del reglamento interno de la comunidad. Para la jurisprudencia es claro que tanto estas organizaciones, como quienes ejercen autoridad a través de ellas, cuentan con facultades de control social. De tal suerte que son sujetos de derechos y obligaciones en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, al punto en que tanto las instituciones como las autoridades tradicionales que las representan, pueden ser demandados mediante la acción de tutela, como cualquier otra autoridad.113

1. Por su parte, el actor solicitó vincular al alcalde municipal de Trujillo, a la Policía Nacional y a la personera municipal de Trujillo, para que garantizaran la atención de los niños y niñas pertenecientes a las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, siendo todas ellas autoridades públicas. Sin embargo, la Sala no advierte que, más allá del deber genérico que tienen las autoridades de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, se les pueda atribuir, en el caso bajo estudio, una vulneración de los derechos fundamentales de los agenciados, por lo que carecen de legitimación por pasiva y, por tal razón, serán

desvinculadas.

Inmediatez

1. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, esta debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador. Este requisito responde al propósito de protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que implica que, pese a no existir un término específico para acudir ante el juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción tutela en un tiempo razonable. El juez evaluará las circunstancias de cada caso para determinar si el recurso fue presentado oportunamente, flexibilizando su análisis ante la concurrencia de sujetos de especial protección constitucional o personas en condición de vulnerabilidad.114 El requisito de inmediatez debe evaluarse en cada caso concreto, de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.115

2. En circunstancias excepcionales, el juez de tutela puede concluir que resulta procedente una solicitud de amparo presentada después de transcurrido un tiempo considerable desde el momento en que se vulneró o amenazó un derecho fundamental. Dichas circunstancias son las siguientes: (i) cuando se advierten razones válidas para la inacción del actor, tales como la configuración de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor; (ii) en los casos en los que la situación de debilidad manifiesta del peticionario torna desproporcionada la exigencia del plazo razonable y (iii) excepcionalmente, cuando se presenta una situación de permanencia o prolongación en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que hace imperiosa la intervención del juez constitucional.116

1. En el presente caso, en marzo de 2022, el ICBF inició un proceso de invitación pública que culminó con la Resolución N.º 2486 del 8 de abril de ese mismo año, mediante la cual se adjudicó a la Fundación Social Vida el proceso contractual N.º ICBF-RE-VALLE DEL

CAUCA-147028-2022SEN, cuyo objeto era «[p]restar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, respondiendo a las características propias de los territorios y comunidades, de conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Propia e Intercultural, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre»117, que incluía obligaciones en materia de educación, salud y alimentación. Sin embargo, no pudo prestar dicho servicio porque el operador que contrató no accedió a las comunidades y, en sentir de estas, no aseguraba su cosmovisión indígena en Trujillo, Valle del Cauca.

1. En razón de ello, se inició un proceso de concertación con las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca. Sin embargo, estas se mantuvieron renuentes a que el prestador escogido ingresara a sus territorios. La última reunión de concertación fue llevada a cabo el día 6 de junio de 2022.

1. En efecto, entre el 6 de junio de 2022, fecha de la última reunión, y el 26 de julio de 2022, fecha en la que el ICBF interpuso la solicitud de amparo, pasó un mes y 20 días, término que se considera razonable, por lo que se encuentra acreditado el requisito de inmediatez.

Subsidiariedad

1. El inciso 4.º del artículo 86 de la Constitución Política consagra el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela y determina que «[e]sta 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». Es decir que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resultan idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe acudir a ellos y no a la tutela.

1. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude ante el juez de tutela con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que se adopten decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer de un determinado asunto radicado bajo su competencia, dentro del marco estructural de la administración de justicia.

1. Sin embargo, aun cuando existan mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para la satisfacción de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6.º del Decreto 2591 de 1991, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo principal no es idóneo ni eficaz o (ii) que a pesar de ser apto, no es lo suficientemente expedito para evitar que se configure un perjuicio irremediable.

1. El primer escenario descrito se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial. Este análisis, según la jurisprudencia de esta Corporación, no puede hacerse en abstracto, sino que depende del caso concreto, para lo cual deben tomarse en cuenta las características procesales del mecanismo y el derecho fundamental involucrado. Así, el mecanismo principal excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

1. El segundo escenario se refiere a la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio. La Corte Constitucional ha establecido que, en este caso, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre la naturaleza del perjuicio, la jurisprudencia ha señalado:

(i) debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) debe ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes; y (iv) la acción de tutela debe ser impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad118

1. De este modo, cuando exista otro medio de defensa judicial para salvaguardar los derechos reclamados, el juez constitucional deberá evaluar si este es idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico objeto de estudio. Asimismo, cuando exista un mecanismo idóneo, deberá verificar si en el caso particular la tutela es procedente excepcionalmente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por tanto, si existe un mecanismo principal, la acción de tutela será procedente solamente cuando se configure alguna de las dos hipótesis mencionadas.

El cumplimiento del presupuesto de subsidiariedad en el caso que se analiza

Sobre la no celebración de una consulta previa

1. El juez de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela al considerar que se debía acudir a la consulta previa. Sin embargo, en este caso, el hecho de que no se haya realizado la consulta, no hace que el amparo se torne improcedente por falta de subsidiariedad, por las razones que pasarán a explicarse.

1. El Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989, fue adoptado con el fin de superar las desigualdades en derechos que enfrentaban los pueblos indígenas en sus

países de origen. Esto, bajo dos postulados básicos: (i) el derecho de los pueblos indígenas de mantener y fortalecer sus culturas y (ii) su derecho a participar en las decisiones que los afectan. En específico, los literales (a) y (b) del artículo 6.º del Convenio disponen 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;

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan119

1. Conforme con la jurisprudencia de esta Corte120, existe un derecho general de participación de las comunidades indígenas, que se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos. De otra parte, existe el derecho a la consulta, que es un escenario diferente al de la participación ciudadana «reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas».121 Al asegurar su participación en estas medidas, el derecho a la consulta garantiza la integridad y subsistencia de las minorías étnicas. Por esta razón, es que se ha reconocido que la participación, a través de los mecanismos de consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental.122

1. Respecto a su aplicación, la Sentencia T- 376 de 2012123 estableció las siguientes

subreglas:

(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social [negrillas fuera del texto original]

1. Como puede verse, una de las subreglas de la consulta es que esta sea previa a la medida legislativa o administrativa a aplicar. Además, su ámbito de aplicación debe determinarse en cada caso particular, distinguiéndolo del derecho general de participación de las comunidades indígenas. En este caso, el derecho a la consulta hace parte de una serie de trámites que deben cumplirse por las autoridades, cuando quiera que haya una comunidad negra, indígena o tribal susceptible de afectación. De acuerdo con su primer elemento, la consulta debe ser efectuada con anterioridad a la medida que se examina, buscando que tenga una incidencia en su planeación e implementación.

1. En ese sentido, no puede entenderse que la consulta previa es un mecanismo judicial, en los términos del artículo 86 de la Constitución y 6.º del Decreto 2591 de 1991, pues no está prevista en el ordenamiento jurídico como un medio de control que permita controvertir la adjudicación de un contrato. Al ser la consulta previa un mecanismo que garantiza la participación de las comunidades indígenas con prerrogativa de derecho fundamental, adquiere ciertas particularidades que no permiten atribuirle la calidad de proceso judicial. Por tanto, no es exigible, como lo entendió el juez de primera instancia, acudir a la consulta para resolver un conflicto como el que se propone en el caso que se estudia.

Sobre la falta de idoneidad y eficacia de las acciones contractuales

1. De otra parte, el tribunal de segunda instancia consideró que no procedía la tutela, por cuanto existía la acción contractual, la cual se podía interponer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para discutir la legalidad del contrato de aporte suscrito en el 2022 entre el ICBF y la Fundación Social Vida.

1. En este caso, contrario a lo anteriormente señalado, no se trata de un asunto meramente contractual y legal, en la medida en que involucra la ejecución de una función pública por parte de una entidad que la ejerce, respecto de sujetos de especial protección, por ser menores de edad y miembros de comunidades indígenas, en relación con la efectividad de derechos fundamentales. A su vez, las determinaciones que se habrían podido tomar al respecto, influirían en su autonomía y en la etnoeducación.

1. De esta manera, los intereses representados por el accionante y el accionado presentan una tensión entre derechos que debe ser resuelta por parte del juez constitucional. El estudio del asunto no se reduce al análisis de la legalidad del proceso de contratación efectuado por el ICBF, para determinar la corrección o incorrección de este. Por el contrario, lo que se debe buscar es un equilibrio entre las necesidades y aspiraciones de los titulares de los derechos enfrentados.124

1. Por un lado, los derechos de los niños y niñas de las comunidades indígenas, en este caso agenciados por el ICBF, la que, como entidad encargada de prestar los servicios de atención integral en comunidades indígenas, debe adoptar ciertas determinaciones en materia contractual, para la garantía de los derechos fundamentales a la educación, a la alimentación, a la salud y a la vida de aquellos.

1. De otra parte, los derechos de las comunidades indígenas a su autonomía, a que sus miembros, incluyendo a sus menores de edad, reciban una educación que garantice sus usos y costumbres y a poder negarse a que el prestador de dicho servicio lo haga, en caso de considerar que no los garantiza, pues ello puede llevar a un aculturamiento.

1. Téngase en cuenta además que, el contrato que dio lugar al debate que se analiza, tenía como finalidad la prestación de un servicio con incidencia en los derechos a la educación, a la alimentación, a la salud y a la vida en comunidades étnicas, razón por la que no era idóneo y eficaz el medio de control consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011125, el cual se aplica a las controversias estrictamente contractuales, para pedir a las partes del acuerdo bilateral que se declare su existencia o nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento o la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios o que se hagan otras declaraciones y condenas.

1. De conformidad con lo anterior, la Sala estima que este medio de control no es idóneo ni eficaz en el presente asunto, por las siguientes razones: (i) porque las partes involucradas en el contrato son distintas a las de la acción de tutela. El contrato de aporte lo suscribieron el ICBF y la Fundación Social Vida, mientras que la acción de tutela la dirige el ICBF, como agente oficioso que representa a una serie de niños y niñas, en contra de la ORIVAC y otros; (ii) porque el objeto del proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo está determinado por el incumplimiento de una de las partes en el contrato estatal que, en este caso, no es la demandada en el proceso de tutela; (iii) porque dicho medio de control no abarca la discusión desde la tensión por la protección de los derechos de los niños y niñas y la aplicación de un enfoque diferenciado.

1. Adicionalmente, la resolución de estos medios de control puede tardar en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Su término de decisión resulta especialmente relevante en este caso, porque el periodo de duración del contrato era apenas por un año, por lo que se advierte que estos mecanismos no eran lo suficientemente expeditos para la protección de

los derechos fundamentales de los menores de edad.

1. Por tanto, las acciones contractuales no son los medios idóneos y eficaces para amparar los presuntos derechos vulnerados de educación, alimentación, salud y vida de los niños y niñas de las comunidades étnicas en conflicto.

Sobre la procedencia de la acción de tutela en casos que involucren los derechos a la educación, a la salud y a la alimentación de niños, niñas y adolescentes de comunidades indígenas

1. Adicional a lo expuesto, se tiene, en primer lugar, que la acción de tutela es el mecanismo prevalente cuando se trata de la protección del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes y de comunidades indígenas.

1. En este caso, la tutela es procedente para procurar la educación de los 98 niños y niñas de las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, pues son sujetos de especial protección, respecto de los cuales se busca el amparo de sus derechos fundamentales. Asimismo, el servicio que se pretende prestar es indispensable para garantizar su desarrollo integral y su educación, conforme a los valores y cosmovisión comunitaria.126

1. De igual manera, en lo referente a los derechos a la salud y a la alimentación, este tribunal ha reconocido su procedencia, cuando quiera que, a pesar de tener una dimensión colectiva, se busca la protección de su carácter fundamental. Esto se debe a que «los derechos económicos, sociales y culturales contienen facetas prestacionales y de cumplimiento inmediato, como lo es la existencia de un plan que garantice el goce efectivo de estos derechos. Toda faceta programática de un derecho, bien sea de libertad, procesal o social,

por ejemplo, requiere al menos de un programa que conlleve a su goce efectivo».127

1. Por lo expuesto, no le asistía razón al tribunal de segunda instancia cuando concluyó que el medio de control consagrado en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 era un medio idóneo y eficaz en el presente caso.

Carencia actual de objeto por situación sobreviniente

1. Tal como se ha expuesto, el 26 de julio de 2022, el ICBF, actuando como agente oficioso, presentó acción de tutela en contra de la ORIVAC y otros con el fin de que se ordenara a las accionadas «permitir el acceso de la EAS FUNDACIÓN SOCIAL VIDA o a cualquier entidad que preste servicios contratados por el ICBF para la atención de niños, niñas y mujeres gestantes pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo». También, «ORDENAR al Alcalde Municipal de Trujillo, a la Policía Nacional y a la Personera Municipal que garanticen la atención a los niños y niñas pertenecientes a las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca en cumplimiento de sus funciones».

1. La tutela se presentó porque la Organización no permitió el ingreso del operador elegido para prestar los servicios de educación inicial, en el marco de la atención propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, contratados por el ICBF con la Fundación Social Vida. En criterio del accionado, el operador elegido no garantizaba su cosmovisión, de acuerdo con sus usos y costumbres, debido a que no tenía conocimiento sobre las comunidades indígenas en donde se iba a prestar el servicio.

1. La elección del contratista se hizo por medio de invitación pública, en la que participaron la Fundación Social Vida y la ORIVAC. Luego de este proceso, se eligió a la Fundación Social

Vida para prestar el servicio, para lo cual se suscribió un contrato de aporte. De acuerdo con lo expuesto en los antecedentes, el plazo de ejecución del contrato era el 31 de diciembre de 2022. Además, en su respuesta, el ICBF informó que el 22 de febrero del 2023, la Regional Valle del Cauca solicitó la liquidación del mismo y que el proceso estaba en trámite. Por esta razón, la Sala estudiará, como cuestión previa, si se configura la carencia actual de objeto. En consecuencia, reiterará su jurisprudencia sobre los supuestos en los cuales se constata dicho fenómeno y, luego, establecerá su configuración en el caso concreto.

El concepto de carencia actual de objeto por situación sobreviniente. Reiteración de jurisprudencia128

1. El artículo 86 de la Constitución Política asigna a la tutela la finalidad de proteger en forma inmediata y eficaz los derechos fundamentales. No obstante, en ocasiones, la alteración, consumación o desaparición de las circunstancias que dieron lugar a su alegada vulneración, puede generar que la acción de tutela pierda la vocación protectora que le es inherente. La jurisprudencia constitucional ha agrupado estas situaciones bajo la categoría de carencia actual de objeto y ha advertido que cualquier orden de protección del juez de tutela en estos casos: «(i) caería en el vacío y (ii) desbordaría las competencias que le fueron reconocidas por el artículo 86 superior, en consonancia con la naturaleza de esta acción constitucional».129

1. En la Sentencia SU-522 de 2019130, esta Corte hizo un balance sobre la jurisprudencia en la materia y recordó que, inicialmente, en ella se contemplaban dos categorías de carencia actual de objeto: el hecho superado y el daño consumado. Precisó que la primera tenía lugar cuando la entidad accionada satisfacía voluntariamente y por completo lo pedido en la acción de tutela. Por su parte, la segunda ocurría cuando «la afectación que con la tutela se pretendía evitar» termina perfeccionada.

1. Sin embargo, se resaltó que existía una tercera categoría de carencia actual de objeto, empleada por la Sala Plena y por distintas salas de revisión. Se trataba del hecho o circunstancia sobreviniente. Esa modalidad comprendía aquellos eventos que no correspondían a los conceptos tradicionales de hecho superado y daño consumado. Es decir, cualquier «otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío».131 A manera de ilustración, indicó que esta Corporación había declarado su configuración cuando: (i) el actor asumía una carga que no le correspondía, para superar la situación vulneradora; (ii) un tercero, distinto al accionante y a la entidad demandada, lograba la satisfacción de la pretensión en lo fundamental; (iii) resultaba imposible proferir orden alguna por razones no atribuibles a la entidad demandada o (iv) el actor simplemente perdía interés en el objeto original de la litis.

Configuración de la carencia actual de objeto por situación sobreviniente en el caso bajo estudio

1. Para la Sala, el hecho presuntamente vulneratorio está íntimamente ligado a la ejecución del contrato suscrito, el cual ya se terminó y en la actualidad está en liquidación. Por ello, lo pretendido por la entidad accionante era que se impartieran ordenes que permitieran la ejecución de las obligaciones contractuales, ya que con ello se ampararían los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la alimentación y a la educación de los niños y niñas de las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca.

1. Téngase en cuenta que, para la puesta en práctica del programa era necesario un

prestador con el cual se adquiriera una relación contractual. Es decir que, su cumplimiento o incumplimiento y término de duración, tienen una incidencia directa sobre la población a la cual estaba dirigido el contrato. Por lo anterior, la finalización de ejecución del bilateral N.º 01014682022132, suscrito entre el ICBF y la Fundación Social Vida, hacen que en el presente asunto se configure una carencia actual de objeto por un hecho o circunstancia sobreviniente, que tornarían inocuas cualquier tipo de orden que se emitiera para procurar el cumplimiento de la convención.

1. Lo anterior porque, la pretensión del accionante era que se permitiera el acceso de la Fundación Social Vida o a cualquier entidad que prestare servicios contratados por el ICBF, para la atención de niños, niñas y mujeres gestantes pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca. Sin embargo, esto no sucedió, la accionada no permitió el acceso de la adjudicataria, por el contrario, se mantuvo firme en su decisión.

1. Podría pensarse también que pudo haberse consumado un daño, pues el contrato no se pudo ejecutar en el lugar inicialmente pactado, por lo que, eventualmente, se afectaron los derechos fundamentales de los niños y niñas a los que beneficiaba la prestación contratada. Empero, en este último caso, se requeriría realizar un estudio de fondo, para llegar a tal conclusión.

1. No obstante, en uno u otro caso, esto es ante una situación sobreviniente o un daño consumado, el eventual remedio judicial a ordenar no tendría efecto alguno respecto de las violaciones alegadas en la acción de tutela, porque, se reitera, para este momento el plazo del contrato ya venció. Además, porque el acuerdo bilateral suscrito para la vigencia de 2022 ya está en proceso de liquidación.

1. Por lo anterior, en la parte resolutiva de esta providencia, la Sala declarará la

improcedencia de la acción de tutela, por carencia actual de objeto por la configuración de una situación sobreviniente.

Pronunciamiento de fondo a pesar de la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho o circunstancia sobreviniente

139. Esta corporación ha señalado que, pese a la declaratoria de la carencia actual de objeto, el juez puede emitir un pronunciamiento de fondo o tomar medidas adicionales133, «no para resolver el objeto de la tutela -el cual desapareció por sustracción de materia-, pero sí por otras razones que superan el caso concreto»134 [negrilla fuera del texto original].

1. Este tipo de decisiones, según la jurisprudencia constitucional, son perentorias cuando existe un daño consumado y son optativas cuando acontece un hecho superado o la configuración de un hecho o circunstancia sobreviniente. En esos dos últimos casos, se ha adoptado esas decisiones para avanzar en la comprensión de un derecho fundamental, para realizar un ejercicio de pedagogía constitucional o para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, entre otras.135-136

1. En este caso, algunos de los criterios de selección para la revisión fueron: (i) asunto novedoso y (ii) exigencia de aclarar el contenido de un derecho fundamental; en tal sentido, un pronunciamiento de fondo en esta actuación se justifica para avanzar en la comprensión de un derecho fundamental, para realizar pedagogía constitucional y para advertir la inconveniencia de la repetición de situaciones que pueden afectar derechos ius fundamentales.137

Pronunciamiento de Fondo

Formulación del problema jurídico

1. El análisis de la presente acción constitucional se centra en la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la alimentación y a la educación de los niños y niñas con edades entre cero y cinco años, pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, por parte de la ORIVAC y Rodrigo Velázquez Aizama, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Kipara de Trujillo, Valle del Cauca; Albeiro Niaza Namundia, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Drúa Do de Trujillo, Valle del Cauca; Saúl Maigara Guaquerama, consejero mayor y representante legal del asentamiento Kibaregamo de Trujillo, Valle del Cauca; Samuel Nacequia, consejero mayor y representante legal del asentamiento Dachi Ni de Trujillo, Valle del Cauca, quienes, al parecer, entorpecieron la ejecución del contrato de atención integral en modalidad propia.

1. La entidad contra quién se formulan los reproches fundamenta su inconformidad y su obrar en el hecho de que el operador elegido para prestar el servicio no garantizaba su cosmovisión, porque es una entidad constituida en el norte del país, que no conoce de sus usos y costumbres. En su criterio, permitir su operación causaría una desarmonía espiritual, cultural, administrativa y política en su territorio.

1. La Sala observa que en el caso objeto de revisión, existe una tensión, de una parte, entre el derecho a la autonomía y cosmovisión de las comunidades étnicas y; de otra, de los derechos a la alimentación (ligados a la vida y a la salud) y a la educación de los niños y niñas pertenecientes a las comunidades indígenas.

1. Conforme con lo planteado, le corresponde a esta Sala de Revisión dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

¿La ORIVAC y otros139 vulneraron o pusieron en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, la alimentación y la educación de los niños y niñas, con edades entre cero y cinco años, pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, al no permitir la ejecución del contrato N.º 01014682022, ¿suscrito entre el ICBF y la Fundación Social Vida?

¿La celebración y el cumplimiento del contrato N.º 01014682022, suscrito entre el ICBF y la Fundación Social Vida, constituyó una injerencia en la autonomía y cosmovisión de las comunidades étnicas asentadas en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca?

1. Para darle solución a los interrogantes planteados, la Sala procederá a estudiar: (i) la política del Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, (ii) el derecho fundamental a la etnoeducación o educación étnicamente diferenciada de los pueblos indígenas, (iii) las subreglas en materia de etnoeducación: sentencias SU-011 de 2018 y SU-245 de 2021, (iv) la alimentación escolar en relación con la salud y la vida de las comunidades indígenas, (v) la contratación estatal como herramienta para desarrollar las políticas de Estado, (vi) las restricciones a la contratación estatal en virtud de la Ley de Garantías, (vii) la modalidad de contrato de aporte para la prestación del servicio de educación inicial de atención integral en modalidad propia del ICBF, (viii) el derecho a la participación de las comunidades étnicas, (ix) la participación de las comunidades étnicas en procesos precontractuales, (x) el de diálogo intercultural, (xi) los mecanismos de las comunidades indígenas para manifestar su desacuerdo ante funcionarios o programas sociales y, por último, (xii) se resolverá el caso concreto.

La Política del Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre

1. Como ya se dijo anteriormente, el objeto del contrato N.º 01014682022, suscrito entre el ICBF y la Fundación Social Vida, era el de «[p]restar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, respondiendo a las características propias de los territorios y comunidades, de conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Propia e Intercultural, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre» [negrillas fuera del texto original], por lo que se hace necesario explicar, inicialmente, en que consiste la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y qué relación tiene con la atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales dispersas.

1. La atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, corresponde, conforme con lo que se señaló al inicio de esta providencia, a las «estrategias y acciones pertinentes y de calidad desde lo propio y lo intercultural; funciona principalmente en territorios étnicos, zonas rurales y rurales dispersas del país; reconoce la diversidad y fortalece la identidad cultural como parte del desarrollo de las niñas y niños desde la gestación, e involucra a sabedores y autoridades étnicas como mediadores del desarrollo infantil»140, la cual hace parte de la Política para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, que busca potenciar el desarrollo integral de niñas y niños desde la gestación hasta los seis años, a través de la educación inicial en modalidad propia.

1. Por su parte, la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre tiene sus bases en el artículo 44 de la Constitución Política, en la Ley 1098 de 2006141 y, especialmente, en la Ley 1804 de 2016142, la cual, en su artículo 2.º, señala que:

La política de “cero a siempre”, en tanto política pública, representa la postura y comprensión que tiene el Estado colombiano sobre la primera infancia, el conjunto de normas asociadas a esta población, los procesos, los valores, las estructuras y los roles institucionales y las acciones estratégicas lideradas por el Gobierno, que en corresponsabilidad con las familias y la sociedad, aseguran la protección integral y la garantía del goce efectivo de los derechos de la mujer en estado de embarazo y de los niños y niñas desde los cero (0) hasta los seis (6) años de edad.

Se desarrolla a través de un trabajo articulado e intersectorial que desde la perspectiva de derechos y con un enfoque de gestión basado en resultados, articula y promueve el conjunto de acciones intencionadas y efectivas encaminadas a asegurar que en cada uno de los entornos en los que transcurre la vida de las niñas y los niños existan las condiciones humanas, sociales y materiales para garantizar la promoción y potenciación de su desarrollo. Lo anterior a través de la atención integral que debe asegurarse a cada individuo de acuerdo con su edad, contexto y condición143

1. El objetivo de esta política, de acuerdo con el artículo 1.º de la ley antes mencionada, es fortalecer el marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y las niñas de cero a seis años de edad.

1. En tanto política pública, representa la postura del Estado colombiano sobre la primera infancia y las conductas asociadas a su protección. Así como los roles del Estado, la sociedad y la familia. Por lo cual, se desarrolla a través de un enfoque intersectorial que promueve acciones intencionadas y efectivas encaminadas a asegurar que en cada uno de los entornos en los que transcurre la vida de las niñas y los niños existan las condiciones humanas, sociales y materiales para garantizar la promoción y potenciación de su desarrollo.

1. Algunos de los principios rectores de esta política son el reconocimiento de los derechos, sin excepción, distinción o discriminación por motivo alguno de los niños y niñas; la protección especial de su libertad y dignidad humana y el interés superior del niño.144 En dicha ley145 se dispone que la educación inicial será un derecho de los niños y niñas menores de seis años. Para lo cual, se desarrollará un proceso educativo y pedagógico intencional permanente y estructurado, disponiéndose, en el artículo 6.º que dicha normatividad, «deberá ser implementada en todo el territorio nacional por cada uno de los actores oficiales y privados, tanto del orden nacional como local, que tienen incidencia en el proceso de desarrollo integral entre los cero (0) y los seis (6) años de edad, durante su etapa de primera infancia, de acuerdo con el rol que les corresponde, con un enfoque diferencial y poblacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 1098 de 2006» [negrillas fuera del texto original].

1. Esta ley, en su artículo 19, destaca el rol del ICBF en esta materia, definido por su naturaleza institucional y por el doble papel que le asigna la Ley 1098 de 2006, como ente rector, articulador y coordinador. En esa medida, a esta entidad le corresponde:

I. Liderar la implementación territorial de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre a la luz de la RIA;

I. Promover la participación y la movilización social en torno a la protección integral de la primera infancia como prioridad social, política, técnica y financiera.

Como entidad encargada de generar línea técnica y prestar servicios directos a la población le corresponde:

a. Armonizar los lineamientos de los diferentes servicios a través de los cuales atiende población en primera infancia, de acuerdo con la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre;

a. Organizar la implementación de los servicios de educación inicial con enfoque de atención integral de acuerdo con los referentes técnicos para tal fin y en el marco de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre;

1. De acuerdo con lo expuesto, la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre reconoce un enfoque diferencial y poblacional, lo cual implica el respeto de los derechos a la etnoeducación y etnoalimientación, sobre los cuales se detendrá la Sala a continuación.

El derecho fundamental a la etnoeducación o educación étnicamente diferenciada de los pueblos indígenas

1. Respecto a este derecho, se tiene que el artículo 67 de la Constitución Política reconoce el derecho fundamental a la educación. A este, se le ha atribuido un doble sentido como (i) un derecho fundamental que guarda una relación innegable con la dignidad humana, propicia un constante crecimiento personal y es instrumento para la eficacia de otros derechos y bienes de relevancia constitucional y (ii) un servicio público a cargo del Estado, que goza de asignación prioritaria de recursos a título de gasto social y debe ceñirse a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad social y redistribución de recursos a la población económicamente vulnerable.146

1. Por su parte, el artículo 68 superior establece que «los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural». En ese sentido, se ha reconocido que una de las garantías de una sociedad pluriétnica y cultural, es asegurar que las nuevas generaciones que nacen dentro de las comunidades indígenas y étnicas tengan acceso a una educación especial y diferenciada, que enseñe su historia, su lengua, sus creencias y proyectos de vida.147 Así, el reconocimiento de su autonomía implica aceptar un modelo educativo que preserve sus tradiciones, pues si no fuera así, se transformaría y destruiría el grupo étnico, influyendo de esta modo en su existencia y en su identidad.

1. La Ley 115 de 1994148 incorporó al ordenamiento jurídico el término etnoeducación y definió a sus destinatarios como «grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos».149 Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones. Sin embargo, no debe estar desligada de la que se brinda al resto de la población, sino que debe ser sensible a las especiales condiciones de la comunidad de la cual se trate.150

1. Por lo anterior, además del derecho a la educación para todos los colombianos, los pueblos étnicamente diferenciados y sus miembros tienen el derecho a una educación adecuada a su identidad y diversidad culturales, con la finalidad de que se «proteja el legado de los saberes tradicionales de las comunidades; que les permita preservar y difundir su historia, cultura, religión, en la medida de lo posible, en sus idiomas o lenguas propias».151

1. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que este derecho tiene un enfoque diferencial152, pues garantiza el acceso a una educación de calidad, basada en el «reconocimiento y respeto de la diversidad e identidad étnica y cultural»153 y permite el reconocimiento de las comunidades étnicas en su cultura, idioma, tradiciones y conocimientos. Es por esto por lo que los pueblos étnicos, como sus integrantes, son titulares

del derecho a la etnoeducación, que es indispensable para la pervivencia y subsistencia de aquellos, preserva la identidad cultural, busca superar desigualdades y discriminaciones estructurales y constituye manifestación esencial de su autonomía.154 En esta medida, este tipo de educación es tanto de los niños, niñas y adolescentes, como de los etnoeducadores, por lo cual el impacto de cualquiera de sus aristas afecta a sus titulares.

1. La libre determinación de las comunidades indígenas comprende el derecho de «determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines».155 Por tanto, se ha entendido que el derecho fundamental a la etnoeducación es una forma de materializar la autonomía, identidad étnica y cultural de las comunidades, pues una manera adecuada de preservar los usos y costumbres de una comunidad indígena es la de garantizar que la educación que se les ofrece a las nuevas generaciones se desarrolle conforme a sus tradiciones, creencias y lenguas.156 De ahí que, se entiende que opera en doble vía, pues es (i) un derecho connatural a todas las personas, incluidas quienes defienden una identidad cultural y étnica distinta y (ii) garantía del derecho a la identidad cultural.

1. Dentro de los principios básicos de este derecho, se encuentra el de la participación comunitaria y autonomía. El primero, implica que la adopción de alguna decisión que afecte al servicio de educación de las comunidades étnicas debe ser consultada con la respectiva colectividad. Con lo cual, se debe promover el diálogo como manera de resolver las diferencias culturales que surjan.157 El segundo, implica el derecho de las comunidades a determinar su propio destino, incluyendo la facultad de desarrollar sus propios procesos educativos.158

1. En lo que se refiere a la participación de las comunidades indígenas, esta Corte ha encontrado que existe una relación fundamental entre esta y la etnoeducación. Ello, en la

medida en que el proceso educativo no es un aspecto meramente formal en el que se imparte conocimiento, sino un conjunto de actividades complejas y conexas que configuran el proceso de aprendizaje. En ese sentido, se ha reconocido que la participación es el elemento diferenciador entre la educación tradicional y la etnoeducación.159 Por tanto, la administración del servicio educativo de las comunidades indígenas requiere que la incidencia de estas sea auténtica en las decisiones y en la administración de dicho servicio propio, para que el proceso educativo respete y desarrolle la identidad cultural de las comunidades indígenas.160 En ese sentido, la Corte, en la Sentencia SU-011 de 2018161, señaló que

(i) existe un derecho fundamental especial, de las comunidades étnicamente diferenciadas y sus miembros, de contar con un sistema educativo que respete, proteja y preserve los aspectos constitutivos de su cultura, su idioma, sus valores, entre otros; (ii) cuya creación debe ser consultada y concertada previamente con los pueblos; en un escenario en el que, progresivamente, (iii) el Estado debe propiciar la formación de docentes de las comunidades; y (iv) contribuir a la generación de las condiciones necesarias para que los pueblos tengan autonomía para la prestación directa del servicio

1. No obstante, en la prestación del derecho fundamental de la etnoeducación se dan, no pocas veces, tensiones entre la autonomía de las comunidades étnicas y otros derechos, como el del mérito y -en materia contractual- la libre concurrencia, lo que ha llevado a la Corte Constitucional ha fijar unas subreglas que permiten la efectivización de todos ellos. A continuación, se hará referencia a ellas.

Subreglas en materia de etnoeducación: Sentencias SU-011 de 2018 y SU-245 de 2021

1. En la Sentencia SU-011 de 2018162, la Sala Plena de este tribunal estudió las acciones de tutela presentadas en contra de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y otras

entidades estatales, por la presunta vulneración de sus garantías fundamentales a la igualdad, acceso al trabajo, derecho de petición y debido proceso. En opinión de los accionantes, se vulneraron estas prerrogativas al no efectuar su nombramiento como docentes etnoeducadores en el Departamento de Nariño, aun cuando superaron las etapas iniciales del respectivo concurso de méritos en el que participaron para proveer dichos empleos y fueron seleccionados para integrar la respectiva lista de elegibles. La razón en que se fundamenta la negativa estaba relacionada con la no expedición del aval de reconocimiento cultural que debía ser otorgado por la autoridad comunitaria competente del territorio afrodescendiente, negro, raizal o palenquero donde decidieron prestar sus servicios.

1. En este caso, la Corte encontró una tensión entre dos pilares de la educación étnicamente diferenciada: el acceso a la función pública mediante el mérito y la identidad y diversidad cultural. Esta tensión se dio cuando las personas que presentaron el examen para aspirar a cargos docentes o directivos no contaron con el aval de reconocimiento cultural de las comunidades indígenas.

1. Al respecto, la Corte consideró, en esa oportunidad, que la satisfacción de ambos principios «debe asegurar la prestación continua del servicio, especialmente, en lo que concierne a los niños, niñas y adolescentes; pero sólo es aceptable una educación que respete su identidad, con calidad (derivada del mérito) culturalmente idónea».

1. Asimismo, para asegurar un equilibrio es necesaria la participación, durante todas las etapas del proceso educativo. Esta se materializa en escenarios como la consulta previa de las medidas definitorias del sistema, la participación adecuada de las comunidades y pueblos en la definición de los programas, contenidos educativos y perfiles de los docentes, así como en la instancia específica del nombramiento, que, actualmente, involucra la expedición de un aval por parte de los pueblos y comunidades.

1. Con respecto al aval de los grupos étnicos, en la sentencia se indicó que «busca garantizar los principios y fines de la etnoeducación, entendida como un derecho fundamental con enfoque diferencial que garantiza la identidad cultural de las comunidades tradicionales como sujetos jurídicos colectivos titulares de derechos, así como de los individuos que pertenecen a ellas de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida, en el marco de los procesos de selección y asignación de plazas docentes en sus territorios».163 En ese sentido, constituye una acción afirmativa que asegura que las futuras generaciones residentes en territorios colombianos tradicionales crezcan con el conocimiento y el respeto por su historia, a partir de una enseñanza diferencial que se realice en forma seria y cualificada, basada en sus propias formas de vida, creencias y convicciones.

1. Además de asegurar la educación con enfoque diferencial, garantiza la calidad en su prestación. Ello significa que, los docentes deben demostrar destrezas, aptitudes, experiencia, suficiencia, competencias y capacidades para ejercer el cargo de etnoeducadores, las cuales se evalúan por medio del concurso de méritos. A través del mérito, se garantiza que aquel, con cualidades superiores, sea designado, lo que potencializa la eficacia de un servicio público que requiere de un compromiso estatal mayor en atención a la calidad de sus beneficiarios.

1. En concreto, la Sala concluyó que la decisión de los Consejos Comunitarios de no otorgar el aval de reconocimiento cultural, sin aducir razones suficientes que explicaran tal negativa, desconoció el derecho fundamental al debido proceso de los actores, en tanto la facultad de la que se encuentran investidas las autoridades internas de las comunidades colectivas para incidir en el nombramiento de un docente no es absoluta, pues debe basarse en razones asociadas a la protección de la diversidad y la integridad cultural. La negativa a otorgar el aval, debe basarse en razones asociadas a la idoneidad para la formación cultural de la comunidad y, por ello, demostrar cómo los conocimientos del aspirante son incompatibles con la preservación de la conciencia cultural de la comunidad étnica.

1. Por su parte, en la Sentencia SU-245 de 2021164, la Sala Pena de esta corporación estudió la tutela presentada por el gobernador de la comunidad de Yascual, en la cual solicitó que se ordenara la Secretaría de Educación de Nariño que nombrara a los docentes de la comunidad en propiedad, en aplicación del artículo 62 de la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación) y el Decreto 2277 de 1979.

1. De la anterior gráfica, se extrae que la primera perspectiva, ligada al enfoque de autonomía del Convenio 169 la OIT, propende por la participación, en sus distintos niveles, mientras que la perspectiva que defiende con mayor fuerza la carrera, la igualdad en las condiciones laborales y los principios generales de la función pública se encuentran en el hemisferio derecho y se aproximan al Convenio 107 de 1957 de la OIT. Sin embargo, una visión que maximice los seis principios es comprensiva del derecho.

1. De igual manera, en el Decreto 1953 de 2014165, se prevén modos de articulación entre los pueblos y el ICBF, para que el segundo cumpla sus obligaciones legales de manera respetuosa con la cosmovisión o modo de vida bueno de cada pueblo, respetando y protegiendo así la diversidad y el pluralismo que definen el sistema constitucional. En este se platean estándares para el diálogo intercultural en materia de etnoeducación de niños, niñas y adolescentes indígenas, que el ICBF debe conocer y respetar.

1. En materia de etnoeducación, este tribunal ha establecido un límite a la capacidad de contratación. Por ejemplo, en la Sentencia T-246 de 2022, la Sala Cuarta de Revisión se refirió a la capacidad de contratación de docentes y estableció como límite de aquella, en cabeza de las comunidades, los principios de administración pública. Expresamente indicó

que «en efecto, pese a que las autoridades indígenas pueden aplicar sus normas y procedimientos, dichas facultades deben respetar el mínimo de garantías constitucionales. Es por esto por lo que la autonomía de la comunidad en relación con la escogencia de los docentes de las instituciones educativas ubicadas en sus territorios encuentra un primer límite derivado del principio del mérito».

1. En esa medida, la Sala evidenció que existía una tensión entre los principios de la función pública, materializados en la contratación estatal, y el derecho a la etnoeducación o educación étnicamente diferenciada, que tiene su fundamento en los principios de autonomía indígena y diversidad cultural. Estos derechos, como en el presente caso, pueden entrar en tensión cuando, producto del ejercicio de la función administrativa, el Estado presta un servicio como el de la educación en comunidades indígenas, enfocado principalmente en niñas y niños. Sin embargo, es necesario encontrar una alternativa que armonice de la mejor manera los principios en tensión y respete, como sujetos de especial protección, los derechos de los niños y niñas de comunidades indígenas.

1. En el ordenamiento jurídico colombiano, ello significa alcanzar una visión integral que, por una parte, garantice la autonomía, la diversidad y la calidad étnicamente diferenciada; y, por otra, mecanismos adecuados de acceso y permanencia, que aseguren condiciones de trabajo justas e igualitarias para los docentes y preserve los mínimos de toda la población.

La alimentación escolar en relación con la salud y la vida de las comunidades indígenas

1. De otra parte, el artículo 44 de la Constitución Política consagra, dentro de los derechos de

los niños, niñas y adolescentes, el de una alimentación equilibrada. Este derecho también está consagrado en el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1. De este derecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que se derivan las siguientes obligaciones: (i) el respeto, en virtud del cual el Estado debe abstenerse de impedir el acceso al derecho; (ii) la protección, de acuerdo con la cual el Estado debe adoptar medidas necesarias para evitar que empresas o particulares desconozcan el derecho a la alimentación; y (iii) la obligación de realizar, la cual implica a su vez dos deberes más específicos: el de facilitar, que impone al Estado el compromiso de procurar iniciar actividades para fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, y el de hacer efectivo, el cual aplica con relación a individuos o grupos de individuos que sean incapaces de disfrutar del derecho a la alimentación e impone al Estado el deber de realizar ese derecho directamente.166

1. En el caso de los pueblos indígenas, se ha entendido que es un derecho fundamental que involucra el respeto de la libre determinación, quienes definen sus propias fuentes para su adecuada alimentación y los medios de producirla. Esta Corte ha entendido que la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas implica la observancia de los principios a la participación, no discriminación, responsabilidad, transparencia y dignidad humana.167

1. De acuerdo con lo anterior, «cuando el Estado adopta medidas para garantizar el derecho a la seguridad alimentaria de los pueblos indígenas, no puede ignorar que los valores culturales son transversales a los hábitos alimenticios, y por tanto deberá entablar espacios de diálogo con las comunidades indígenas involucradas con el fin de que los planes y programas que se implementen sean respetuosos de sus prácticas tradicionales y su alimentación».168 Este deber de preservación, sumado a la situación de pobreza que experimentan las comunidades indígenas, imponen un deber de protección calificado y reforzado a favor de los niños y niñas indígenas.

1. Por estas razones, es imperioso que las necesidades específicas de los menores de edad se armonicen con la prevalencia de sus derechos y el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas. En ese sentido, se ha reconocido por esta Corte que existen unas limitaciones admisibles a la autonomía indígena, en aras del interés superior del menor de edad.169

1. Así, se han identificado límites a la autonomía indígena. De un lado, aplica como tal el núcleo duro de los derechos fundamentales, en tanto tiene un carácter absoluto y que se transgrede cuando la medida resulta «verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural de la mayor amplitud posible».170 Entre ellos, se ha identificado el derecho a la vida.

1. De otro lado, los mínimos de convivencia social. En razón a esto, se ha «aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad».171

1. En conclusión, la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, reconoce y respeta los derechos a la etnoeducación y a la alimentación de las comunidades étnicas, está política de Estado se puede desarrollar, entre otras herramientas, con la contratación estatal, por ello la Sala hará algunas menciones sobre ella.

La contratación estatal, como herramienta para desarrollar las políticas de Estado

1. En sentido amplio, la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.172 Es decir que, esa función la ejerce todo aquel que participa o colabora en la realización de las funciones y cometidos del Estado.

1. En ese orden de ideas, la satisfacción del interés general constituye el cimiento de la contratación administrativa, razón por la que, todas las actividades que giren entorno a ella son preponderantemente regladas.173 Así, el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte del Estado está circunscrito al logro de los fines de este en forma legal, armónica y eficaz174, por ello, la contratación estatal debe estar dirigida necesariamente al logro de estos objetivos.

1. En concordancia con lo anterior, se ha entendido que la contratación estatal es una modalidad de gestión pública, que se rige bajo los principios del artículo 209 de la Carta. De ahí que, la contratación pública esté asociada al logro del interés general, pues

[E]l contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De ahí que la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad175

1. Uno de los principios consustanciales a la contratación estatal corresponde al de planeación, que se deriva de los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política y del numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011176, e implica que el negocio jurídico contractual deberá estar justificado en unos estudios previos que identifiquen su necesidad, su marco jurídico, sus aspectos técnico y financiero, que permitan, una vez perfeccionado el contrato, la ejecución de su objeto. De ahí que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la ausencia de dicho principio ataca directamente la esencia misma del interés público, generando consecuencias nefastas, no solo para el logro del objeto contractual, sino también para el interés general, para el patrimonio público177 y, en casos como el que se estudia, para los derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

1. Igualmente, el artículo 5.º de la Ley 1150 de 2007, dispone el deber de que la selección del contratista se haga de manera objetiva, atendiendo al que sea más favorable a la entidad, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. La misma normatividad, en su artículo 2.º, numeral 1.º, establece que «la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de licitación pública», siendo una de las excepciones la contratación directa, la cual es aplicable a los contratos de aporte celebrados por el ICBF.

1. En tratándose de procesos públicos, en donde concurren varios oferentes, la Corte ha entendido que la selección objetiva y la equitativa concurrencia de los oferentes son los mecanismos legales preferentes para la eficacia de los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. A través de estos, se garantiza «(i) que los diferentes agentes de mercado concurran en condiciones paritarias en la oferta de bienes y servicios para el Estado; (ii) escoger la propuesta de contrato que resulte más favorable, en términos del cumplimiento de los fines estatales involucrados en el contrato; (iii) suscribir el contrato con el proponente que ofrezca mayor capacidad jurídica, financiera y técnica; y (iv) el uso eficiente de los recursos públicos

destinados al contrato, a partir de la evaluación del precio más favorable y que, además, pertenezca a la propuesta que cumpla con las exigencias vinculadas al desarrollo del objeto contractual».178

1. En los contratos de aporte, la Sala de Consulta y Servicio Civil y la Sección Tercera del Consejo de Estado han sostenido que, pese a que dichos contratos no estén enunciados en la Ley 80 de 1993, les es aplicable lo establecido en los artículos 32 y 40 de la citada Ley 80 y, por tanto, son exigibles el cumplimiento de los principios de la contratación estatal.179

1. En ese sentido, los principios de selección objetiva y pluralidad de oferentes garantizan que la función pública se desarrolle de manera transparente, buscando la eficiencia y eficacia de los recursos públicos. Por lo cual, los procesos contractuales deben estar lejos de consideraciones subjetivas, pues lo anterior, iría en detrimento de las finalidades del Estado. Siendo así, la planeación contractual debe propender porque la selección se haga objetivamente, de acuerdo con los oferentes que mejor satisfaga las condiciones y metas fijadas con el contrato.

1. Lo expuesto, no significa que las autoridades indígenas, en aquellos contratos relacionados con sus comunidades, no deban participar en el análisis del mercado, y en la construcción de los estudio y documentos previos, al contrario, es deseable que lo hagan, más aún cuando sean los destinatarios de los productos y servicios a proveer. Ello no significa que las comunidades indígenas puedan llegar a pactar condiciones subjetivas, pues se desconocerían los principios de la contratación estatal.

Restricciones a la contratación estatal en virtud de la Ley de Garantías

1. Por su parte, la Ley 996 de 2005180, en su artículo 33, dispone que durante los cuatro meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado. Estas restricciones a la contratación, para efectos de las elecciones de 2022, empezaron a partir del 29 de enero de ese año.

1. El mismo artículo establece cinco excepciones a la prohibición de contratación directa, a saber: (i) la defensa y seguridad del Estado; (ii) los contratos de crédito público; (iii) los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres; (iv) los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor; y (v) los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias.

1. Como se expondrá posteriormente, a través de contratación directa el ICBF celebra los acuerdos bilaterales de aporte para la prestación del servicio de educación inicial de atención integral en modalidad propia. Al ser un establecimiento público descentralizado, la restricción dispuesta por la Ley 996 de 2005 aplica para esta entidad en épocas electorales y, en virtud de ella, se debe acudir a otras modalidades para la selección del contratista, que fue precisamente lo que aconteció en el caso que se analiza.

1. Hechas las anteriores observaciones, la Sala se referirá a la modalidad de contrato de aporte para la prestación del servicio de educación inicial de atención integral en modalidad propia.

La modalidad de contrato de aporte para la prestación del servicio de educación inicial de atención integral en modalidad propia del ICBF

1. Para el cumplimiento de su labor, el ICBF puede celebrar contratos de aporte para ejecutar el servicio público a su cargo y, en especial, para administrar las modalidades de educación inicial de atención integral en modalidad propia.181

1. El régimen de contratación de estas modalidades se encuentra definido por el numeral 9.º del artículo 21 de la Ley 7 de 1979182, el artículo 123183 y siguientes del Decreto 2388 de 1979, el Decreto 2923 de 1994184, el artículo 122185 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1529 de 1996.186 Este régimen especial, es el denominado de aporte. Dicha normativa rige las etapas de planeación, precontractual, contractual y postcontractual, para aplicar la modalidad de contratación de aporte.

1. En específico, el artículo 2.4.3.2.9. del Decreto 1084 de 2015187 define los contratos de aporte, indicando que estos se dan «cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año».

1. En ese orden de ideas, el contrato de aporte es un instrumento para el cumplimiento de la función misional del ICBF, pues optimiza las condiciones de una institución del Sistema.

1. El Manual de Contratación del ICBF188 dispone que este contrato se debe llevar a cabo bajo la modalidad de contratación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 del Decreto Ley 2150 de 1995. Por tal razón, el contratista deberá seleccionarse de las entidades del BNOPI, compuesto por entidades sin ánimo de lucro o de forma directa con

grupos étnicos reconocidos, conforme con lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, por el Ministerio del Interior. En este último caso, el elegido deberá cumplir una serie de requisitos mínimos en materia legal, financiera, técnica y de experiencia.

i. Se rige por un régimen exceptivo de contratación estatal, es decir no se aplica sino subsidiariamente el régimen de contratación estatal consagrado en la Ley 80 de 1993 y demás normativa concordante, lo que se denomina el Estatuto de la Contratación Administrativa.

i. Existe una obligación del ICBF de «aportar» los elementos necesarios para que el gestor del contrato pueda ejecutar el mismo.

i. Hay una entidad contratante calificada, en este caso el ICBF y una entidad contratista que puede ser una entidad sin ánimo de lucro.

i. El de aporte es un contrato administrativo que no corresponde a la enumeración contractual prevista en la Ley 80 de 1993

1. En este proceso de contratación se deberán respetar los principios de la contratación pública. Más concretamente los de planeación, economía, transparencia, eficiencia, igualdad, responsabilidad. En particular, el principio de planeación es uno de los principales mecanismos de la gestión contractual, en virtud del cual «antes de dar inicio a cada contratación y de acuerdo con los procedimientos implementados, a través del Sistema Integrado de Gestión para el trámite contractual, publicados en la intranet del ICBF, se deberá seguir un proceso de identificación y precisión de las necesidades puntuales que se

pretende atender».190

1. Por su parte, el ICBF dispone de un Manual Operativo de Modalidad Propia e Intercultural en el que «se define[n] estrategias y acciones pertinentes y de calidad desde lo propio y lo intercultural; funciona principalmente en territorios étnicos, zonas rurales y rurales dispersas del país; reconoce la diversidad y fortalece la identidad cultural como parte del desarrollo de la niñas y niños desde la gestación e involucra a sabedores y autoridades étnicas como mediadores del desarrollo infantil»191, por lo cual, de conformidad con la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, es necesario la existencia de lazos de los niños y niñas con sus comunidades, para hacer posible su desarrollo integral, desde la gestación, en armonía con sus planes de vida, visiones de desarrollo y corresponsabilidad en la garantía de sus derechos.

1. Este programa se dirige, principalmente, a garantizar la atención de niñas, niños y mujeres gestantes en el marco del enfoque diferencial, desde la perspectiva de la protección integral y la diversidad. Además, se articula de acuerdo con tres fases: la preparatoria, la implementación del servicio y el cierre.

1. En específico, dentro de la fase preparatoria es necesario «establecer diálogos cooperativos y corresponsables en los que de manera bilateral o multilateral se construyan rutas y se realice la concertación de la operación para la prestación del servicio».192 Por lo anterior, si al concluir esta fase se presentan situaciones excepcionales que impidan la prestación del servicio, se deberán realizar los análisis en el marco del comité técnico operativo de aquellas situaciones atípicas, para así realizar los acuerdos y gestiones necesarias para iniciar el servicio en el menor tiempo posible.

1. El sistema del ICBF también dispone que en esta etapa se lleve a cabo una concertación, a través de un espacio de diálogo intercultural, en el cual se definan acciones o posibles

soluciones relacionados con diferentes temas o problemáticas identificadas. Esta tiene como fin primordial lograr acuerdos entre el ICBF, el prestador y la comunidad donde se va a implementar la modalidad, en aspectos relacionados con la atención de los niños, niñas y adolescentes. Al final de este proceso, debe lograrse un acuerdo respecto de participantes de la comunidad en la toma de decisiones y ruta de concertación, las características de la atención que respondan al contexto geográfico, a las particularidades y cantidad de población y a las posibilidades de concentración de esta, la contrapartida de la comunidad para la prestación del servicio, los ciclos de menús, en cuanto a los alimentos a suministrar y el talento humano intercultural que hará parte de la modalidad, el cual efectiviza el derecho a la participación de las comunidades étnicas, sobre el que se detendrá la Sala a continuación.

1. En tal sentido, se reitera, el contrato N.º 01014682022 era un instrumento para ejecutar la estrategia de atención integral en la modalidad propia e intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, la cual hacía parte, a su vez, de la Política para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, razón por la que debía propender para que el servicio de educación y alimentación que pretendía prestar, tuviera un enfoque diferencial y poblacional y respetara el derecho a la etnoeducación.

1. A su vez, debía respetar los fines, las reglas y los principios de la contratación estatal.

El derecho a la participación de las comunidades étnicas

1. El artículo 287 de la Constitución Política otorga una protección especial al derecho que tienen los pueblos étnicos a participar en las decisiones que los afectan como una de las principales manifestaciones de su autodeterminación y una herramienta para garantizar la preservación de las culturas ancestrales. De allí, surgen distintos mecanismos para garantizar la participación efectiva de las comunidades indígenas, que garantizan la

participación, la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado.

1. El Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989193, en su artículo 6.º, dispone que los pueblos interesados deben ser consultados mediante procedimientos apropiados, de acuerdo con sus instituciones representativas. También, que es un deber de los gobiernos fijar los medios a través de los cuales las comunidades puedan participar libremente.

1. En la Sentencia T-063 de 2019194, este tribunal definió tres niveles de participación. En primer lugar, la participación mediante el acceso en igualdad de condiciones a los mecanismos de participación del resto de ciudadanos. Se ha entendido que «los pueblos interesados cuenten con oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que disponen otros sectores de la población para la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole, que sean responsables de políticas y programas que les conciernan».195 De igual manera, a que puedan tener incidencia, a través de sus organizaciones, en asuntos que les interesen.

1. El nivel de participación involucra los asuntos, de diversas materias, que los afectan o conciernen. Este opera de manera reforzada y está vinculado a la participación de las comunidades en los órganos de toma de decisión a nivel nacional, así como a la influencia que pueden ejercer a través de sus organizaciones en todos los escenarios que les interese por cualquier motivo.

1. Este ocurre, en casos en que la afectación que podría generarse es leve o indirecta. En estos casos, la participación de la comunidad se lleva a cabo en condiciones de igualdad a los demás ciudadanos.196

1. Por otro lado, la consulta previa, además de garantizar la participación, es un derecho fundamental de las comunidades étnicas, con el que se adquiere el deber correlativo, por parte del Estado, de consultarles toda decisión que implique un impacto para sus vidas y territorios. Sin embargo, la consulta no es un fin en sí mismo, sino que es un medio para asegurar otros derechos fundamentales de los pueblos étnicos. Es decir que, tal como lo precisó esta Corte en casos anteriores, no debe entenderse que la consulta se agota por medio de trámites administrativos o reuniones informativas ni que se trata de un mecanismo adversarial de confrontación de intereses.197 El concepto determinante para que se aplique la consulta previa es la afectación directa, ya que la concurrencia de ese requisito es el presupuesto para que los pueblos étnicos puedan exigir este derecho fundamental.

1. En la Sentencia SU-123 de 2018, la Corte precisó que la afectación directa es el impacto positivo198 o negativo199 que puede tener una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica.200

1. La jurisprudencia de esta corporación ha entendido que los artículos 1.º, 2.º y 40 de la Constitución Política contienen el fundamento normativo del derecho a la consulta previa. Así, su carácter fundamental se armoniza con la aplicación directa de principios constitucionales de mayor peso como la diversidad étnica y cultural, el pluralismo de una Nación multicultural y la participación democrática.201

1. La consulta entonces es un deber de «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».202 Con lo cual, se entiende que es un instrumento de protección y salvaguarda de otros derechos. Esta garantía materializa otras prerrogativas, pero, en particular, la prevalencia y salvaguarda de la integridad étnica.

1. Este tribunal ha desarrollado una serie de criterios para la aplicación, a saber:

(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes203

1. En ese sentido, se ha hecho necesario que el procedimiento mismo de consulta esté sometido a una consulta previa, a fin que el trámite de concertación y consenso con las comunidades (i) no se reduzca a un simple acto informativo o notificación de la medida y (ii) reconozca y proteja las prácticas tradicionales diversas de los pueblos indígenas y tribales, las cuales podrían verse desconocidas si los entes gubernamentales imponen determinado mecanismo de consulta que, en razón a no haberse acordado con las comunidades, no resulte compatible con el mandato constitucional de preservación de la diversidad étnica y cultural.204

1. Por último, en cuanto a los mecanismos de participación, se encuentra el consentimiento previo, libre e informado205, mediante el cual se asegura el estándar más alto de

participación para los pueblos étnicos diversos debido a la intensidad de la afectación que incide en sus derechos. Esta faceta es excepcional y se aplica en las siguientes hipótesis: (i) traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento206; (ii) almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios207 y, finalmente; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que ponen en riesgo su subsistencia.208

1. En estos casos, si la comunidad étnica no otorga el consentimiento requerido no se puede implementar la medida administrativa o legislativa de que se trate. Esto significa que,

La anuencia del pueblo étnico diverso es en principio vinculante, puesto que, sin éste, la implementación de la medida entraña una violación de los derechos de estos colectivos. En casos excepcionales, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia (física-cultural) de las comunidades étnicas diversas y deberá realizar las correspondientes reparaciones a los pueblos por esta determinación209

La participación de la comunidad en el proceso precontractual no tiene la intensidad para realizarse una consulta previa

1. Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corte ha estudiado casos en los que, en el marco de los programas de primera infancia, las comunidades étnicas han reclamado un espacio de consulta para escoger el operador que lo desarrollará.

1. Así, en la Sentencia T- 475 de 2016210, la Sala Tercera de Revisión estudió la acción de tutela presentada por la representante del Consejo Comunitario Afro de Polonuevo y Argemiro Cabarcas, así como del Consejo Comunitario Afro de Repelón. En su criterio, el ICBF pretermitió el deber de realizar una concertación con las comunidades, a la hora de escoger

los operadores de los programas de primera infancia que beneficiarían a los niños y niñas de las comunidades afro en los municipios de Repelón y Polonuevo, con lo cual, estimó que se afectaban las tradiciones culturales, así como la protección y transmisión a las futuras generaciones de la cosmovisión de dichas comunidades.

1. En ese caso, la Sala estimó que «la escogencia de determinado operador de dichos programas no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa en la identidad cultural de las comunidades representadas por los accionantes, pues las tradiciones alimentarias y el enfoque etnoeducativo de estas comunidades pueden ser garantizadas incluso por un operador que no pertenezca a las mismas. Lo anterior, en la medida en que un operador, independientemente de su pertenencia a una comunidad afro descendiente, puede asegurar que el consumo de alimentos esté acorde con las costumbres de aquella comunidad, y que se incluyan contenidos educativos que respeten y protejan la identidad cultural de la misma». Al respecto, destacó que la consulta previa no incorpora el deber de contratar con un operador específico, a pesar de que es deseable que sean las propias comunidades las que ofrezcan la prestación de los servicios, pues, en este caso, priman las necesidades superiores de los niños y niñas.

1. Posteriormente, en la Sentencia T-201 de 2017211, la Sala Novena de Revisión estudió el caso expuesto por la representante legal del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, quien interpuso acción de tutela en contra del ICBF, tras estimar vulnerados los derechos étnicos de su comunidad, especialmente, el de consulta previa, al no haber agotado dicho trámite respecto de la implementación de los programas de primera infancia; principalmente, aquellas medidas de alimentación y educación de menores de edad.

1. En ese caso, la Corte resaltó la importancia de la educación y alimentación en menores de edad que, en el caso de las comunidades étnicas, se encuentra ligada a elementos de su identidad tan relevantes como la formación de sus niños que, en últimas, serán quienes mantendrán incólumes sus tradiciones. Por tanto, todo tipo de medidas que afecte

directamente derechos étnicos, debe ser objeto del trámite consultivo. A pesar de ello, advirtió que, al tratarse de una política pública de carácter general «la incidencia en la selección del operador, al menos en este caso específico, no influye en la cultura étnica puesto que independientemente de quien preste el servicio, en este preciso evento, no encuentra la Sala motivos para su concertación».

1. En similar sentido, en la Sentencia T-667 de 2017212, la Sala Octava de Revisión coligió que la selección de un operador cuya finalidad es ejecutar el programa de primera infancia no es esencial para adelantar un proceso de consulta previa como quiera que la entidad pública debe aplicar, en todo momento, el régimen de contratación pública -legal y reglamentario- que establece el ordenamiento jurídico colombiano para el efecto. Por esta razón, el proceso de consulta previa en este tipo de programas no se puede entender como un instrumento para que las comunidades étnicas exijan o veten la elección del operador en la contratación administrativa del ICBF.

1. En conclusión, la consulta previa procede, como elemento previo a la política pública, el plan o su proyecto de política pública, en este caso de atención a la primera infancia a través de los programas del ICBF, y no en las etapas de los contratos públicos, con los cuales se ejecutan esas políticas públicas, planes o proyectos. No obstante, se debe garantizar la efectiva participación de las comunidades a través de la identificación de la necesidad y la elaboración de los estudios previos, de mercado y pliegos de condiciones.

Mecanismos de diálogo intercultural

1. La jurisprudencia de este tribunal ha entendido que el diálogo intercultural es una estrategia que permite que el Estado cumpla con su deber de «preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de

grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido».213

1. De allí, se ha entendido que es necesario que se establezca un diálogo entre iguales entre la cultura occidental y las comunidades indígenas.214 Lo anterior, con el fin de que las culturas minoritarias y sus miembros conserven sus valores, creencias y tradiciones, sin el riesgo de que la cultura mayoritaria imponga su cosmovisión.

1. El diálogo intercultural permite al Estado consolidar el proyecto multicultural. Con ello, las comunidades étnicas gozarán de libertad para el desarrollo de sus proyectos culturales particulares o su autonomía.

1. Precisamente, el Decreto 2340 de 2015215 modificó las funciones de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías para que esta dependencia fomente el diálogo social. Entre las actividades que se le encargan a esta dirección están (i) coordinar el diálogo político con los pueblos indígenas y Rom y la promoción de la participación de las organizaciones y autoridades que los representen, (ii) la conservación de las costumbres y la protección de conocimientos tradicionales, en coordinación con los organismos competentes, y (iii) apoyar en la realización de los procesos de consulta previa.

1. Sin embargo, dentro de los mecanismos de participación o de diálogo intercultural se pueden dar desavenencias, las cuales pueden dar lugar a que se ejerza el derecho a la protesta legítima, del que se ocupa la Sala a continuación.

Los mecanismos de las comunidades indígenas para manifestar su desacuerdo ante funcionarios o programas sociales

1. De una parte, el artículo 37 de la Constitución Política dispone que toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. La anterior disposición, ha dado lugar a que se entienda por la jurisprudencia de esta corporación que los derechos de reunión y manifestación pública y pacífica son derechos autónomos de libertad, íntimamente ligados a la libertad de expresión.216

1. Así mismo, este derecho se encuentra protegido en el artículo 21217 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en el artículo 15218 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

1. Este derecho de libertad busca materializar el desarrollo de las personas, mediante la participación en la discusión pública y en el intercambio de ideas y opiniones. Sin embargo, para su ejercicio en la esfera pública, está sujeto a dos limitaciones. En primer lugar, a que sea bajo condiciones pacíficas, con exclusión de todo tipo de violencia. En segundo lugar, a que el objetivo de la reunión o la manifestación sea lícito.219 Por tanto, la protesta es un instrumento constitucionalmente legítimo, siempre y cuando cumpla con las anteriores especificaciones.

1. La Constitución garantiza la posibilidad de reunirse y manifestarse públicamente en dos dimensiones, la estática y la dinámica. Lo anterior, siempre y cuando ella se lleve a cabo de manera pacífica y sin violencia, armas ni alteraciones graves del orden público.220

1. La protesta fortalece la democracia. Es a través de estos espacios en que se escuchan los inconformismos y necesidades como medio para expresar públicamente opiniones, disentir, demandar el cumplimiento de derechos sociales, culturales y ambientales y afirmar la identidad de grupos históricamente discriminados. Bajo este entendido, la protesta expresa ideas de reivindicación, por ejemplo, la expresión de opiniones culturales.221

1. Dada su importancia, algunas de las formas de protesta, enfrentan complejidades para armonizarse con otros derechos en juego. El contexto de estas manifestaciones es variado y depende de contextos y condiciones particulares. Es por ello, que las mismas deben ser entendidas en relación con el sujeto objetivo de la acción, el tema de fondo al que responde y el contexto en el que se desarrollan. Un ejemplo de esto, son las protestas que están dirigidas a expresar opiniones de rechazo a los funcionarios públicos o a las políticas públicas.

1. De otra parte, dentro del ejercicio de la autonomía étnica, está la facultad de rechazar todo aquello que pueda significar un riesgo para sus costumbres y cosmovisión. Las comunidades étnicas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. Esto significa que, son ellas quienes pueden decidir por sí mismas los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico.

1. Dentro de las prerrogativas de la autonomía de las comunidades étnicas, está la facultad de gestión de los asuntos internos. Así, a través del establecimiento de normas y autoridades propias se garantiza que no haya interferencias indebidas en sus decisiones propias.

1. En ese sentido, la autonomía brinda la posibilidad a la misma comunidad, de rechazar, a

través de distintos mecanismos, la entrada tanto de funcionarios como la ejecución de ciertos programas que no estén acordes con su creencia y con sus estilos de vida. Un mecanismo para hacerlo, son las protestas sociales, que no necesariamente implican la movilización social, sino la expresión de su disenso cuando la ejecución de una política pública podría amenazar su cosmovisión.

Solución al caso concreto

1. Como lo señaló la Sala, son dos los problemas jurídicos a resolver, uno de ellos es si la ORIVAC y otros222 vulneraron o pusieron en peligro los derechos fundamentales a la vida, la salud, la alimentación y la educación de los niños y niñas, con edades entre cero y cinco años, pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, al no permitir la ejecución del contrato N.º 01014682022, suscrito entre el ICBF y la Fundación Social Vida.

1. En relación con ese cuestionamiento, se tiene, en este caso, que en ejercicio de sus funciones de educación inicial, en el marco de la atención integral en modalidad propia en las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, el ICBF suscribió un contrato de aporte con la Fundación Social Vida. Sin embargo, las comunidades involucradas se negaron rotundamente a que se prestara el servicio, aduciendo que el contratista no garantizaba la etnoeducación, con lo cual hicieron uso de su capacidad autónoma de disentir de las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas.

1. La Sala estima que no se demostró que la ORIVAC y demás accionados hayan desconocido el derecho a la educación de los niños y niñas con edades entre cero y cinco años pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauda, por las siguientes razones.

1. En relación con la prestación del servicio de educación en modalidad propia, el accionante manifestó que la comunidad no permitió el ingreso del prestador elegido conforme a los criterios de evaluación establecidos en la invitación pública. Mientras que los miembros de las comunidades indígenas, en ejercicio legítimo de su autonomía, aducen que el operador asignado para sus comunidades no garantizaba su cosmovisión.

1. Al indagar sobre las razones que fundamentaron la posición de la comunidad, se explicó que el prestador elegido para brindar el servicio de educación en modalidad propia no tenía un enfoque étnico. En concreto, la accionada manifestó que la Fundación Social Vida había sido constituida en una región alejada de su territorio y que no conocía los usos y costumbres de sus comunidades. En esa medida, no lo consideraban idóneo para prestar el servicio educativo.

1. La jurisprudencia de esta Corporación, tal como se ha venido exponiendo, ha establecido límites en materia de la etnoeducación, definidos por el aseguramiento de los principios constitucionales de la administración pública. En ese sentido, todo proceso de contratación debe ser justo, transparente y equitativo, y debe estar basado en criterios objetivos y razonables que permitan garantizar su calidad y eficiencia, independiente de que se trate de un proceso de contratación con pueblos indígenas o de modelos de contratación directa o de licitación pública. Así mismo, debe estar sujeto a los principios de la función administrativa, en especial los de pluralidad de oferentes y selección objetiva.

1. Sin embargo, la contratación de servicios con pueblos indígenas para su beneficio, debe ser un proceso que promueva la protección de sus derechos individuales y colectivos autónomos, el respeto de su diversidad étnica y cultural, así como los distintos niveles de participación desarrollados por la Corte. De manera que antes de iniciar cualquier proceso de contratación con una comunidad indígena o respecto de ella, que pueda afectarlos

directamente, es preciso que se lleve a cabo un proceso participativo con la comunidad que permita identificar sus necesidades y buscar las medidas que permitan garantizar la efectividad de sus derechos fundamentales y la operatividad del servicio, específicamente en aquellos en que este aplica con criterio diferencial y autonómico propio, como acontece en el presente asunto.

1. En estos casos, era necesaria la inclusión y participación de las comunidades indígenas, no solo de los líderes indígenas, sino de toda la comunidad, en la demanda de los elementos que requerían, especialmente cuando se trata de la atención a la primera infancia y de etnoeducación, lo cual se habría podido dar, por ejemplo, con su participación en la elaboración de los estudios previos o en la escogencia de un evaluador de la comunidad en el proceso contractual, entre otras medidas que efectivizaran el derecho de participación.

1. Tratándose de la contratación que involucre comunidades indígenas, el principio de planeación necesariamente conlleva, por lo menos, un proceso de participación en los estudios previos. En él se deben definir aspectos especialmente relevantes, de acuerdo con su identidad cultural, a través de un diálogo abierto y sin interferencias, en el que las comunidades tengan una incidencia real. Lo anterior se debe ver reflejado en los estudios técnicos, financieros y jurídicos, así como en la definición de los criterios de calificación y selección contractuales, según corresponda.

1. En lo que respecta al presente caso, en los estudios previos del proceso de invitación pública, se encontraron las siguientes consideraciones:

Se perfeccionará el contrato de aporte, con la finalidad de dar continuidad a la prestación del servicio de la Modalidad de atención Propia e Intercultural, en el departamento de Valle del

Cauca, en el marco de la atención integral a 98 niños y niñas del municipio de Trujillo, con el objetivo de garantizar la atención en el marco del enfoque diferencial desde la perspectiva de la protección integral y la diversidad, aspecto que implica articular acciones como aspecto incluyentes, estableciendo escenarios que propicien la participación de la población en primera infancia pertenecientes a grupos poblacionales históricamente segregados, lo cual amerita atención prioritaria basados en el reconocimiento de lo territorial, el ciclo vital, la pertenencia étnica, el género y la discapacidad

1. No obstante, no se advierte que, en la etapa precontractual, el ICBF hubiera tomado determinaciones específicas para el respeto y garantía de las costumbres y cosmovisión de las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca. En especial, sobre los programas educativos específicos y la participación de la comunidad en los programas a desarrollar, el enfoque de estos programas, entre otros.

1. Tampoco se evidencia que, en el proceso de selección mediante convocatoria pública, se hayan concertado, definido ni aplicado parámetros diferenciales para hacer valer las condiciones autonómicas de quienes eran los beneficiarios del servicio a contratar.

1. Ahora bien, ante la negativa rotunda de las comunidades indígenas a que el prestador elegido ingresara a sus territorios, el ICBF adoptó dos determinaciones: (i) presentar la acción de tutela y (ii) trasladar los 98 cupos del municipio de Trujillo al de Tuluá, Valle del Cauca.

1. La Sala considera que el derecho a la etnoeducación debe garantizar el acceso a una educación de calidad, basada en el reconocimiento y respeto de la diversidad e identidad étnica y cultural. Así mismo, permitir el reconocimiento de las comunidades étnicas en su cultura, idioma, tradiciones y conocimientos. En ese sentido, dada la relevancia que tiene este derecho para su comunidad, esta ejerció autónomamente un mecanismo de protesta, con miras a expresar su disenso y reivindicar sus opiniones culturales, tanto como a

preservar sus condiciones propias.

1. Tanto los miembros de una comunidad, como sus integrantes individualmente considerados, tienen derecho a que se les brinde una educación acorde con su enfoque étnico diferenciado. En esta medida, el derecho a la etnoeducación tiene una estrecha relación con la libre determinación de las comunidades indígenas para adoptar las decisiones internas o locales que estimen más adecuadas para la conservación o protección de esos fines. Es por ello que esta Corporación ha encontrado que existe una relación estrecha entre la participación de las comunidades indígenas y la etnoeducación, pues el proceso educativo no es un aspecto meramente formal.

1. Por esta razón, las instituciones del Estado que presten el servicio de educación en comunidades indígenas deben tener en especial consideración el respeto por su identidad. En esa medida, es necesario que, desde el primer momento, exista un diálogo permanente y fluido con las comunidades para la implementación de los programas, ya que las consecuencias sobre su cosmovisión son altas. De acuerdo con el Manual Operativo de la Modalidad Propia e Intercultural, esta obligación opera desde la etapa precontractual, en la que debe haber una fase de concertación con las comunidades indígenas. Esto, sin que se entienda que debe necesariamente contratarse directamente con la comunidad en todos los casos o que exista una alternativa de coadministración o condicionamiento por parte de aquellas, respecto del ejercicio legítimo de la función pública a cargo de las entidades estatales que contratan, pues la participación en el proceso contractual en este tipo de programas no se puede entender como un instrumento para que las comunidades étnicas exijan o veten la elección del operador en la contratación administrativa del ICBF.

1. No obstante, la Sala considera importante que, cuando se den conflictos como el analizado, se acuda a los mecanismos de diálogo social y de atención a los conflictos interculturales, que realiza el Ministerio del Interior a través del Viceministerio de Diálogo Social y de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, conforme el artículo 1.º del

Decreto 2340 de 2015, que modifica el artículo 13 del Decreto Ley 2893 de 2011. Por lo que, si el ICBF identifica una situación de tensión que le impida el ejercicio de sus labores, como en el caso concreto en el territorio indígena, debería acudir primariamente a dichos mecanismos que brinda el Ministerio del Interior, a través de una articulación armónica en el ejercicio de sus funciones.

1. Lo anterior, se expresaría en criterios diferenciales que reconozcan las comunidades y sus derechos en específico. En especial, la manera en cómo, desde su cosmovisión, conciben la educación para sus menores de edad. Esto, sin que riñan con la igualdad y libre competencia, que deben regir todos los procesos contractuales. Sin embargo, el objeto del contrato obliga a que la contratación estatal se realice con la participación de las comunidades étnicamente diferenciadas, quienes de ninguna manera pueden imponer condiciones subjetivas para su propia escogencia.

1. A partir de lo anterior, la Sala concluye que el actuar de la ORIVAC fue legítimo, pues hizo uso de un mecanismo para disentir de la decisión autónomamente.

1. En cuanto al segundo problema jurídico, esto es, si la celebración y el cumplimiento del contrato N.º 01014682022, suscrito entre el ICBF y la Fundación Social Vida, constituyó una injerencia en la autonomía y cosmovisión de las comunidades étnicas asentadas en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca, la sala encuentra que el ICBF no garantizó el derecho a la etnoeducación y la participación de las comunidades indígenas, por las siguientes razones.

1. Primero, porque inició un proceso contractual sin contar con la participación de las comunidades indígenas en las cuales se iba a prestar el servicio, sin atender a una adecuada planeación del contrato. En este debió permitir la participación de la comunidad en la elaboración de los estudios previos. Segundo, porque dentro de sus estudios previos no se

adoptaron consideraciones especiales respecto a las calidades y forma de prestación del servicio, en garantía de la identidad cultural propia de las comunidades. Tercero, porque ante la renuencia de la comunidad indígena, no adoptó mecanismos de concertación y participación, sino que se optó por acudir a la acción de tutela y a modificar el contrato, sin aplicar alternativas diferentes, como su ajuste, en términos que hubieran permitido el servicio con respeto a la identidad de las comunidades.

1. Ahora bien, a pesar de que el ejercicio de una posible protesta por parte de la comunidad indígena está amparado en el marco de su autonomía, en relación con la etnoeducación, la Sala debe realizar unas consideraciones adicionales respecto a los derechos a la vida, la salud y a la alimentación. De acuerdo con lo expuesto anteriormente, en estos casos, la autonomía de las comunidades admite limitaciones en relación con el núcleo esencial de los derechos.

1. Tomando en consideración que el propósito del contrato suscrito es prestar el servicio de educación inicial en modalidad propia, una de las obligaciones del contrato constaba en prestar el componente de alimentación. Se estima que, la actuación de la comunidad, a pesar de estar bajo el marco de su autonomía, pudo poner en riesgo los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la alimentación de los menores de edad. Al impedir la entrada del operador a sus comunidades, el accionado evitó que los menores de edad recibieran el componente alimenticio dentro de las obligaciones en el contrato, el cual debía ser garantizado de manera prevalente, dada la condición de sujetos de especial protección de los beneficiarios del servicio.

1. Sin embargo, no hay elementos para determinar si ocurrió o no la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la alimentación de los niños, más allá de la inejecución del contrato. En este caso, la actora buscaba que se garantizaran los derechos fundamentales de 98 niños pertenecientes a las comunidades indígenas de Trujillo, Valle del Cauca, quienes, en su criterio, habían visto truncada la atención del ICBF, como consecuencia

del actuar de las autoridades, líderes, voceros y representantes accionados.

1. A pesar de lo anterior, no existe claridad sobre que la modificación contractual se haya hecho para prestar el servicio a los menores de edad del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, por otro lado, no se reportaron casos de niños con desnutrición.224 De allí que, no pueda afirmarse que existió una vulneración a los derechos fundamentales mencionados de los niños y niñas, sin embargo, ello no es óbice para que la Corte reitere cuáles son los límites a la protesta y a las manifestaciones de autonomía indígena.

1. En consecuencia, la Sala (i) exhortará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, en adelante, cuando lleve a cabo los procesos de contratación para prestar el servicio de educación integral en modalidad propia, permita la participación de las comunidades étnicas en la etapa precontractual que garantice la elaboración de unos estudios previos respetuosos de su cosmovisión, (ii) recordará a la ORIVAC que los mecanismos para disentir en el marco de su autonomía y de la protesta legítima no pueden afectar la realización del derecho fundamental a la alimentación, en relación con la salud y la vida de los miembros de los niños y niñas de su comunidad y (iii) dispondrá que, en desarrollo de su labor preventiva, la Procuraduría General de la Nación, acompañe los procesos de contratación para prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral, en la modalidad propia e intercultural para las comunidades de Trujillo, Valle del Cauca, a través de acuerdos bilaterales de aporte.

Síntesis de la decisión

1. La Sala Segunda de Revisión estudió la acción de tutela presentada por el ICBF en contra de la ORIVAC, en el marco del proceso de la invitación pública ICBF-RE- VALLE DEL CAUCA-147028-2022SEN. Lo anterior, con el objeto de «[p]restar los servicios de educación inicial en el marco de la educación inicial en el marco de la atención integral en modalidad e

intercultural para grupos étnicos y comunidades rurales y rurales dispersas, respondiendo a las características propias de los territorios y comunidades, de conformidad con el Manual Operativo de la Modalidad Propia e Intercultural, el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia y las directrices establecidas por el ICBF, en armonía con la política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de cero a siempre».225

1. A partir de allí, la Sala concluyó que en el presente caso se presentaba la carencia actual de objeto por un hecho o circunstancia sobreviniente, teniendo en cuenta que la ejecución del contrato término el 31 de diciembre de 2022 y actualmente se adelanta el proceso de su liquidación.

1. Sin embargo, la Sala se pronunció sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta que: (i) la problemática bajo estudio involucra una situación de sujetos de especial protección constitucional, desde dos perspectivas, por ser menores de edad y por pertenecer a comunidades indígenas; y (ii) porque es necesario avanzar en la comprensión del derecho a la etnoeducación en los procesos contractuales del ICBF, en específico en los de modalidad propia.

1. En el estudio de fondo, la Sala concluyó que la ORIVAC no vulneró el derecho fundamental a la educación de niños y niñas con edades entre cero y cinco años pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca, pues en el marco de su autonomía, ejercieron su derecho legítimo a la protesta. Tampoco encontró vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la alimentación de los niños y niñas con edades entre cero y cinco años pertenecientes a las comunidades indígenas del municipio de Trujillo, Valle del Cauca.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el 28 de octubre de 2022, que confirmó la decisión del 20 de septiembre de 2022 que dictó el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por la configuración de una situación sobreviniente, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- EXHORTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, en adelante, cuando lleve a cabo los procesos de contratación para prestar el servicio de educación integral en modalidad propia, permita la participación de las comunidades étnicas en la etapa precontractual que garantice la elaboración de unos estudios previos respetuosos de su cosmovisión, conforme a las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- RECORDAR a la ORIVAC que los mecanismos para disentir en el marco de su autonomía y de la protesta legítima no pueden afectar la realización del derecho fundamental a la alimentación, en relación con la salud y la vida de los miembros de los niños y niñas de su comunidad.

CUARTO.- DISPONER que la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de su función preventiva, acompañe los procesos de contratación para prestar los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral, en la modalidad propia e intercultural para las comunidades de Trujillo, Valle del Cauca, a través de acuerdos bilaterales de aporte y garantice el derecho de participación de las comunidades indígenas.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-173/23

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Segunda de Revisión, me permito aclarar el voto en relación con la Sentencia T-173 de 2023, pues si bien estoy de acuerdo con la decisión de declarar la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, no comparto algunas de las afirmaciones que se realizaron en el fallo.

2. En primer lugar, encuentro que existe una confusión significativa entre conceptos jurídicos

fundamentales: el derecho a la autonomía y al territorio colectivo de los pueblos indígenas, por una parte y, el derecho a la protesta social, por otra.

3. La confusión entre estos derechos en la sentencia puede llevar a una interpretación errónea y a consecuencias indeseadas. La vinculación incorrecta del ejercicio de la autonomía indígena con la protesta social podría socavar la fuerza y la protección constitucional de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Por tanto, es indispensable remarcar sus diferencias.

4. En el caso específico, la comunidad indígena ejerció su derecho a la autonomía, negando el acceso a su territorio al operador seleccionado por el ICBF. Esta acción se basa en los derechos que les corresponden como pueblo étnicamente diverso y no debe interpretarse como un acto de protesta social como lo hace la sentencia.

5. La autonomía de los pueblos indígenas se arraiga en derechos reconocidos en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT y, su ejercicio es una manifestación de la identidad y soberanía de estos pueblos, e incluye los derechos a la etnoeducación y alimentación según sus usos y costumbres. Por otro lado, la protesta social es un derecho de todas las personas, aplicable a una variedad de contextos y grupos que trasciende a las comunidades y pueblos étnicamente diversos.226

6. En segundo lugar, aunque la sentencia reconoce que la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca (ORIVAC) no vulneró el derecho a la alimentación de los menores de su comunidad, en la parte resolutiva le advierte para que el ejercicio de la protesta legítima no afecte la realización del derecho fundamental a la alimentación de los niños y niñas de la comunidad. Esta advertencia es contradictoria e innecesaria, dado que en este asunto no se presentó evidencia alguna de una afectación real o potencial a dicho derecho fundamental.

7. La inclusión de esta advertencia en la sentencia, sin razones claras que la respalden, podría dar lugar a interpretaciones contrarias a los valores y cosmovisión de la comunidad indígena accionada. Reconocer y abordar estas preocupaciones es crucial para mantener un diálogo respetuoso y equitativo con los pueblos indígenas, en armonía con los principios de justicia, equidad y respeto por su diversidad étnica y cultural. Por este motivo, en el presente caso no es posible asumir que las acciones de la comunidad podrían poner en riesgo el bienestar de sus miembros más vulnerables.

8. Por las anteriores razones, me permito aclarar el voto en la presente oportunidad.

Fecha ut supra,

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 Como demandados también figuran Rodrigo Velázquez Aizama, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Kipara de Trujillo, Valle del Cauca; Albeiro Niaza

Namundia, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Drúa Do de Trujillo, Valle del Cauca; Saúl Maigara Guaquerama, consejero mayor y representante legal del asentamiento Kibaregamo de Trujillo, Valle del Cauca; Samuel Nacequia, consejero mayor y representante legal del asentamiento Dachi Ni de Trujillo, Valle del Cauca.

2 Auto del 30 de enero de 2023, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Uno. Archivo «AUTO SALA DE SELECCIÓN 001-2023 – 30-ENE-23 NOTIFICADO 13-FEB-23.pdf».

3 Constancia del 13 de febrero de 2023, suscrita por la Secretaría General de esta Corporación. Archivo «T-9127737 Reparto Expediente Mag. Cortes-1.pdf».

4 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «004Autoadmitetutela2022-00380-00.pdf».

5 La ORIVAC está conformada por los pueblos indígenas Embera, Nasa, Wounaan, Sol de los Pastos y Yanakunas, ubicadas en la jurisdicción de 27 municipios del departamento del Valle del Cauca. Archivo «Rta. ORIVAC.pdf», folio 4.

6 Como demandados también figuran Rodrigo Velázquez Aizama, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Kipara de Trujillo, Valle del Cauca; Albeiro Niaza Namundia, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Drúa Do de Trujillo, Valle de Cauca; Saúl Maigara Guaquerama, consejero mayor y representante legal del asentamiento Kibaregamo de Trujillo, Valle del Cauca; Samuel Nacequia, consejero mayor y representante legal del asentamiento Dachi Ni de Trujillo, Valle del Cauca.

7 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «001Escritodetutela.pdf», folio 4.

8 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. ORIVAC.pdf», folio 64.

9 Ibidem, folio 69.

10 Ibidem, folios 90 a 96.

11 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. ICBF I.pdf», folio 7 y «Rta. ORIVAC.pdf», folio 5.

12https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/mo14.pp_manual_operativo_modalidad_propia_e_intercultural_v6.pdf folio 23.

13 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. ICBF I.pdf», folio 10.

14 Ibidem.

15 El ICBF adjuntó el link de información del procedimiento en el SECOP https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2873425&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true, el cual fue consultado el 21 de febrero de 2023.

16 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 1. Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf», folios 1 a 54.

17 Artículo 21.9 «El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá las siguientes funciones: Celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo».

18 Artículo 122 «Se podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar».

19 Artículo 2.4.3.2.7 «El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9, de la Ley 7 de 1979 con instituciones de utilidad pública o social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos».

20 Artículo 2.4.3.2.9 «Por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal cuando el Instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año».

21 Disponible en https://www.icbf.gov.co/system/files/mo1.abs_manual_de_contratacion_v3.pdf. El numeral 4,

del título IV, dispone: «[e]l contrato de aporte se celebrará bajo la modalidad de contratación directa, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 del Decreto Ley 2150 de 1995, el contratista deberá seleccionarse del Banco Nacional de Oferentes conformado para el efecto por el ICBF o de forma directa de conformidad con lo dispuesto en este numeral// En virtud de los principios de planeación, economía, transparencia, eficiencia, igualdad, responsabilidad y en general en cumplimiento a los principios que rigen la contratación pública y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa y en cumplimiento de la política de austeridad del gasto, las áreas que requieran suscribir un contrato de aporte deberán tener en cuenta las disposiciones contempladas en los documentos y procedimientos que se expidan para la prestación del servicio».

22 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 1. Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf».

23 Expediente digital T-9.127.737. Anexo 1. «Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf», folio 6.

24 Artículo 33 «[d]urante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado».

25 Por medio de la cual se efectúan unas delegaciones en materia contractual y se deroga la Resolución N.º 1348 del 16 de febrero de 2022.

26 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 1. Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf», folio 5.

28 Adicionalmente, como aspectos jurídicos para las Organizaciones Étnicas de Reconocimiento Especial se definieron los siguientes: «1. Estatutos y modificaciones, con el acta de asamblea donde se hayan aprobado, la cual deberá estar debidamente firmada// 2. Certificación expedida por el Ministerio del Interior en la cual se acredite la inscripción de la organización en el Registro de Cabildos y Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas (Decreto 1088 de 1993), y su representación legal, en caso de proyectarse contratación con estas entidades// 3. Certificación expedida por el Ministerio del Interior en la cual se acredite en el Registro Único de Concejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras (Decreto 3770 de 2008), en caso de proyectase la contratación con estas comunidades// 4. Certificación expedida por el

Ministerio del Interior en la cual se acredite la inscripción en el Registro de Kumpañy (Decreto 2957 de 2010), en caso de proyectarse contratación con estas comunidades// 5. Copia de la cédula de ciudadanía del Representante Legal// 6. Declaración de no estar incursos en causal de inhabilidad e incompatibilidad// 7. Certificación de reconocimiento de la personería Jurídica vigente o el otorgamiento de personería jurídica para pertenecer al Sistema Nacional de Bienestar Familiar expedida por la Dirección Regional competente del domicilio de la entidad, con fecha de expedición no mayor a tres (3) meses anteriores a la fecha de cierre para la presentación de la manifestación de interés».

29 La capacidad residual de contratación se refiere a la aptitud del contratista para cumplir oportuna y cabalmente con el objeto del contrato, sin que sus otros compromisos contractuales afecten su habilidad de responder con el objeto contratado.

30 El criterio de talento humano busca verificar que el operador cuente con un equipo de trabajo que cumpla con los parámetros técnicos que aseguren la atención oportuna y de calidad a las niñas, niños y mujeres gestantes.

31 El IDEAS es un índice de desempeño a partir del resultado de su gestión con la Entidad Administradora de Servicios actual del ICBF.

32 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 1. Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf», folios 19 a 20.

33 La Fundación Social Vida presentó oferta el 28 de marzo de 2022. Oferta publicada en SECOP https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2873425&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true.

34 La ORIVAC presentó oferta el 25 de marzo de 2022. Oferta publicada en SECOP https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2873425&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true.

35 Expediente digital T-9.127.737. Archivo, Anexo 2. «Informe de evaluación definitivo ICBF-RE-VALLE DEL CAUCA-147028-2022SEN- Rta. ICBF II.pdf», folio 1.

36 Resolución N.º 2486 del 8 de abril de 2022. Se puede consultar en:

https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2873425&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true

37 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «001Escritodetutela.pdf».

38 Se puede consultar en:

https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2873425&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true

39 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 1. Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf», folio 1.

40 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «001Escritodetutela.pdf» y «Anexo 3. Acta de Reunión No. 2 – Rta. ICBF II.pdf».

41 El resguardo Kipara hace parte del pueblo Embera Chamí, asentado en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca. Al respecto ver Archivo «Rta. ORIVAC.pdf» folio 27 y el «Plan de Salvaguarda del Pueblo Embera» publicado por el Ministerio del Interior en el año 2013 https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/08/pueblos_embera_chami_katio_dobida_eperara_siapidara_-_diagnostico_unificado.pdf

42 Todos los resguardos y asentamientos indígenas están ubicados en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca. En el contrato se estipuló que el servicio a prestar sería «[m]odalidad de atención Propia e Intercultural» en el municipio de Trujillo, Valle del Cauca. Al respecto ver Archivo «Rta. ORIVAC.pdf», folio 27.

43 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «001Escritodetutela.pdf», folios 56 a 58.

44 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 4. Acta de Reunión No. 5 – Rta. ICBF II.pdf».

45 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 4. Acta de Reunión No. 5 – Rta. ICBF II.pdf».

46 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 7. Modificación Contractual.pdf- Rta. ICBF II.pdf».

47 Ibidem, folio 4.

48 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 8. Informe de Supervisión 30-09-2022.pdf- Rta. ICBF II.pdf»

49 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 11. Informe de Supervisión 20-02-2023.pdf- Rta. ICBF II.pdf».

50 En anexo, el ICBF adjuntó el memorando 202360010000018803 del 22 de febrero de 2023, en el que se solicita la liquidación del contrato de aporte No. 01014682022. Archivo «Anexo 12. Memorando No. 202360010000018803.pdf- Rta. ICBF II.pdf».

51 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 8. Informe de Supervisión 30-09-2022.pdf- Rta. ICBF II.pdf», «Anexo 9. Informe de Supervisión 28-10-2022.pdf- Rta. ICBF II.pd», «Anexo 10. Informe de Supervisión 30-12-2022.pdf- Rta. ICBF II.pdf».

52 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «004Autoadmitetutela2022-00380-00.pdf».

53 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «001Escritodetutela.pdf», folio 10.

54 Ibidem.

55 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «001Escritodetutela.pdf», folio 4.

56 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «004Autoadmitetutela2022-00380-00.pdf».

57 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «014AutoVincula2022-00380-00.pdf».

58 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «021Autoobedecealsuperioryvincula2022-00380-00.pdf».

59 «Por medio de la cual se reglamenta la elección de presidente de la república, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones».

60 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «005ContestacionPersoneriadeTrujillo.pdf», folio 2.

61 Ibidem.

62 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «006ContestacionDefensoriadelPueblo.pdf».

63 Ibidem.

64 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «007ContestacionProcuraduria.pdf».

66 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «009ContestacionAlcaldiaTulua.pdf».

67 Expediente digital T-9.127.737. Archivo. «010ContestacionOrivac.pdf».

68 Expediente digital T-9.127.737. Archivo. «012ContestacionMininterior.pdf».

69 Expediente digital T-9.127.737. Archivo. «011ContestacionPoliciaTulua.pdf», folio 1.

70 Ibidem.

71 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «013ContestacionPersoneriaTulua.pdf».

72 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «023ContestacionPresidenciadelaRepublica.pdf».

73 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «015SEN~1.PDF».

74 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «020AutodeclaranulidadTribunal.pdf».

75 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «021Autoobedecealsuperioryvincula2022-00380-00.pdf».

76 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «025SEN~1.PDF».

77 Ibídem, folio 27.

78 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «026ImpugnaciontutelaAccionantes.pdf».

79 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «2.5sentencia.pdf».

80 El Acuerdo N.º 01 de 2022 de la Corte Constitucional, en su artículo 1.º, dispuso que la Sala Segunda de Revisión estaría presidida por el magistrado Juan Carlos Cortés González.

81 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. Ministerio de Educacion.pdf».

82 «Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones».

83 «Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política».

84 «Por medio del cual se subroga el Capítulo 2 del Título 3, Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 y se adiciona la Subsección 4 a este Capítulo, con lo cual se reglamenta la prestación del servicio de educación inicial en Colombia y se dictan otras disposiciones».

85 Como anexo, la ORIVAC aportó los estatutos de constitución. Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. ORIVAC.pdf”», folios 7 a 20.

86 Como anexo, la ORIVAC aportó la Resolución N.º 007 del 3 de febrero de 2023, expedida por el Ministerio del Interior, que inscribe a la ORIVAC en el Registro de Asociaciones de Cabildos y Autoridades Tradicionales Indígenas, por tres años, desde el 18 septiembre de 2021 y el 17 de septiembre de 2024.

87 Resolución N.º 007 del 3 de febrero de 2022, Archivo «Rta. ORIVAC.pdf», folios 21 a 24.

88 Como anexos, la ORIVAC aportó las actas de inicio de los contratos de aporte N.º 76.26.18.379 de 2018 y 76.26.19.0279 de 2019, suscritos entre el ICBF y la ORIVAC. Un formato de adición y prórroga al contrato de aporte N.º 76.26.20.278 de 2020, suscrito entre el ICBF y la ORIVAC. Para la prestación del servicio de educación inicial en el marco de la atención integral en modalidad propia. Archivo «Rta. ORIVAC.pdf», folios 28 a 94.

89 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. ORIVAC.pdf», folio 4.

90 Ibidem, folio 6.

91 Como anexo aportó el acta del 3 de mayo de 1998 y los estatutos de la Fundación Social Vida. Archivo «Rta. Fundación Social Vida.pdf», folios 6 a 16.

92 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. Fundación Social Vida.pdf», folio 4.

93 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Rta. ICBF I.pdf».

94 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación».

95 https://www.icbf.gov.co/system/files/mo1.abs_manual_de_contratacion_v3.pdf

96 «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública».

97 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «T-9127737 Rta. Ministerio del Interior 27-03-23.pdf».

98 Artículo 10 «[l]a 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».

99 Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

100 Sentencia T-541 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

101 Sentencia T-437 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

102 Sentencia T- 541A de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

103 Sentencia T-437 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

104 «Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar».

105 Artículo 21.1 de la Ley 7 de 1979.

106 Artículo 21.9 de la Ley 7 de 1979.

107 Consultar el Manual Operativo de Contratación del ICBF, que se utilizó en el presente caso, el cual se encuentra en:

https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/mo14.pp_manual_operativo_modalidad_propia_e_intercultural_v6.pdf folio 23.

108 Al respecto, ver las políticas desarrolladas en la Ley 1804 de 2016 y el Decreto 1953 de 2014.

109 Artículo 19 de la Ley 1804 de 2016 «[e]l rol del ICBF en el marco de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre está definido por su naturaleza institucional y por el doble papel que le asigna la Ley 1098 de 2006. Como ente rector, articulador y coordinador del SNBF (Sistema Nacional de Bienestar Familiar) le corresponde:// a) Liderar la implementación territorial de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre a la luz de la RIA// b) Promover la participación y la movilización social en torno a la protección integral de la primera infancia como prioridad social, política, técnica y financiera// Como entidad encargada de generar línea técnica y prestar servicios directos a la población le corresponde// a) Armonizar los lineamientos de los diferentes servicios a través de los cuales atiende población en primera infancia, de acuerdo con la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre// b) Organizar la implementación de los servicios de educación inicial con enfoque de atención integral de acuerdo con los referentes técnicos para tal fin y en el marco de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre// c) Fiscalizar la operación de las modalidades de atención a la primera infancia bajo su responsabilidad, en coordinación con el Departamento para la Prosperidad Social».

111 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T- 262 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

112 Sentencia T-717 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

113 Sentencia T-221 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

114 Sentencias T-148 de 2019, T-608 de 2019 y T-117 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz

Delgado.

115 Sentencias T-606 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, y T-679 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

116 Sentencia SU-016 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

117 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 1. Estudio previo – Rta. ICBF II.pdf», folio 1.

118 Sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

119Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, artículo 6º. Consultado en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—americas/—ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

120 Confrontar sentencias C- 030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y Sentencia T- 475 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

121 Sentencia C- 175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

122 Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

123 M.P. María Victoria Calle Correa.

124 Sentencia T- 425 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

125 Artículo 141 «[c]ualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley».

126 Sentencia T- 524 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa; y T-300 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

127 Sentencia T-302 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta.

128 Reiteración Sentencia T-058 de 2023, M.P. Juan Carlos Cortés González.

129 Este acápite presenta las consideraciones sobre la carencia actual de objeto por daño consumado de las sentencias SU-655 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-213 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-522 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera; y SU-150 de 2021, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

130 M.P. Diana Fajardo Rivera.

131 La Sentencia SU-522 de 2019, la cual reitera la definición contenida en la Sentencia SU-225 de 2013.

132 El 31 de diciembre de 2022 y actual liquidación.

133 Ibidem.

134 Sentencia SU- 522 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

135 Sentencias T-419 de 2018, M.P. Fiana Fajardo Rivera, y SU-522 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

136 Cfr. Sentencia SU-032 de 2002, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

137 Sentencia T-002 de 2021, Gloria Stella Ortiz Delgado.

138 M.P. Diana Fajardo Rivera. En esta sentencia la Corte desarrolló el derecho a la etnoeducación desde sus distintas aristas, desarrollando seis principios, a saber: (i) la participación en el diseño y ejecución de los programas educativos, (ii) la autonomía de los pueblos para asumir progresivamente el manejo del sistema educativo indígena, (iii) la calidad, en su dimensión de adecuación cultural, (iv) el acceso –y permanencia– de niños, niñas y adolescentes del servicio, (v) su derecho a recibir los contenidos generales que el estado debe garantizar a toda la población y (vi) la definición de condiciones dignas para los

docentes (componentes del Estado social de derecho).

139 Como demandados también figuran Rodrigo Velázquez Aizama, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Kipara de Trujillo, Valle del Cauca; Albeiro Niaza Namundia, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Drúa Do de Trujillo, Valle de Cauca; Saúl Maigara Guaquerama, consejero mayor y representante legal del asentamiento Kibaregamo de Trujillo, Valle del Cauca; Samuel Nacequia, consejero mayor y representante legal del asentamiento Dachi Ni de Trujillo, Valle del Cauca.

140https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/mo14.pp_manual_operativo_modalidad_propia_e_intercultural_v6.pdf folio 23.

141 «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia».

142 «Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones».

143 Confrontar sobre este tema la Sentencia T-397 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

145 Artículo 5.º «[l]a educación inicial es un derecho de los niños y niñas menores de seis (6) años de edad. Se concibe como un proceso educativo y pedagógico intencional, permanente y estructurado, a través del cual los niños y las niñas desarrollan su potencial, capacidades y habilidades en el juego, el arte, la literatura y la exploración del medio, contando con la familia como actor central de dicho proceso// Su orientación política y técnica, así como su reglamentación estarán a cargo del Ministerio de Educación Nacional y se hará de acuerdo con los principios de la Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre// La reglamentación será de obligatorio cumplimiento para toda la oferta oficial y privada, nacional y territorial y definirá los aspectos relativos a la prestación, inspección, vigilancia y control de este derecho y proceso».

146 Sentencia SU- 245 de 2021, M.P. Diana Fajardo Rivera.

147 Sentencias T-871 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y T- 300 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

148 «Por la cual se expide la ley general de educación»

149 Sentencia T- 524 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

150 Ibidem.

151 Sentencia SU-011 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

152 Sentencia C- 208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

153 Sentencia T- 049 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

154 Sentencia SU-245 de 2021, M.P. Diana Fajardo Rivera.

155 Sentencia T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

156 Anteriormente, en las sentencias C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y T-116 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte ya se había referido a la etnoeducación como una materialización del derecho a la identidad cultural y libre autodeterminación de los pueblos. Ver además sentencias T-514 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-300 de 2018, M.P. Alberto Rojas Rios.

157 Sentencia T- 514 de 2012, M.P Luis Ernesto Vargas Silva, y Sentencia T- 524 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

158 Ibidem.

159 Sentencia C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

160 Sentencia T-514 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas.

161 M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

162 M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

163 Sobre el particular pueden consultarse las Sentencias C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-379 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-049 de 2013, M.P. Luis

Ernesto Vargas Silva.

164 M.P. Diana Fajardo Rivera.

165 «Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política».

166 Sentencia T- 466 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

167 Sentencia T- 302 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

168 Ibidem.

169 Sentencia T-466 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

170 Sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa. En la Sentencia T-903 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, la Corte destacó que el consenso intercultural se justifica así: «PIDCP, artículos 1.º, y 2.º; CEDH, Artículos 1.º, 2.º; CADH, Artículo 27; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Artículo 2.º, Parágrafo 2; artículo 3.º común a los 4 Convenios de Ginebra», teniendo en cuenta la Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

171 Sentencias T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-903 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

172 Sentencia C-593 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

173 Sentencia C- 713 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

174 Sentencia C-499 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

175 Sentencia C-618 de 2012, Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

176 «Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios,

diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda […]»

177 Consejo de Estado, expediente N.° 51489, de 10 de diciembre de 2015.

178 Sentencia C-163 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

179 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto del 20 de mayo de 2010, rad. 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992), C.P. Enrique José Arboleda Perdomo; y Sección Tercera del Consejo de Estado. Sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941), C.P. Enrique Gil Botero.

180 «[P]or medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones».

181 Desarrolladas en la sentencia T-201 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís: El ICBF ejecuta este programa a través de tres tipos de modalidades que, a su vez, prestan servicios de alimentación, vivienda, salud, educación, entre otros: (i) institucional; (ii) familiar; y (iii) comunitaria. La modalidad institucional atiende niños y niñas en primera infancia, así como sus familias. Su objetivo es garantizar el servicio de educación inicial a niñas y niños «menores de cinco años y hasta los seis años en grado de transición donde exista este servicio, en medio institucional en el marco de la atención integral y la diversidad a través de acciones pedagógicas y de cuidado cualificado, así como la realización de gestiones para promover los derechos de salud, protección y participación que permitan favorecer el desarrollo integral en la primera infancia». Por su parte, la modalidad familiar, promueve el desarrollo integral «desde su concepción hasta los dos años a través de procesos pedagógicos significativos, fortalecimiento y acompañamiento a familia y cuidadores y la articulación interinstitucional en cumplimiento de la política de Estado para el desarrollo integral de primera infancia de cero a siempre». Finalmente, la modalidad comunitaria fortalece «el desarrollo integral, el cuidado y la protección de niñas y niños menores de cinco años, mujeres gestantes, niñas y niños menores de seis meses lactantes, en condiciones de riesgo y vulnerabilidad, a través de acciones pedagógicas y de cuidado para el goce efectivo desde sus derechos, con la participación activa y organizada de la familia, la comunidad y las entidades territoriales, según las particularidades de los servicios que contempla esta modalidad».

182 Artículo 21.9 «[c]elebrar contratos con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales para el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo».

183 Artículo 123 «[e]l ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras// Estos contratos se consideran como administrativos y deben contener, entre otras, las cláusulas que sobre garantías, caducidad administrativa y reclamaciones diplomáticas, la ley exige para los del Gobierno. La declaratoria de caducidad, llegado el caso, se hará mediante resolución motivada firmada por el director general, y de acuerdo con el procedimiento señalado en el decreto 150 de 1976».

184 «Por el cual se fijan las cuantías mínimas de la Garantía Única en los contratos de aportes que celebra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar».

185 Artículo 122 «[S]e podrán celebrar directamente los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar».

186 «Por el cual se adiciona el parágrafo 1.º del artículo 5.º del Decreto 1477 del 5 de septiembre de 1995».

188 https://www.icbf.gov.co/system/files/mo1.abs_manual_de_contratacion_v3.pdf

189 M.P. Alberto Rojas Ríos.

190 https://www.icbf.gov.co/system/files/mo1.abs_manual_de_contratacion_v3.pdf, folio 10.

191 Manual Operativo versión 2022 https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/mo14.pp_manual_operativo_modalidad_propia_e_intercultural_v6.pdf, folio 23.

192 Ibidem, folio 37.

193 Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, artículo 6º.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—americas/—ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

194 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

195 Sentencias C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; y C- 068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

196 Sentencia SU-121 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

197 Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

198 Un ejemplo del impacto positivo de una afectación directa se estudió en la Sentencia T-201 de 2017 en el que se demandó la procedencia de la consulta previa para la ejecución de los programas de alimentación en el Consejo comunitario de negritudes Julio Cesar Altamar.

199 Dentro de los casos de afectación directa por un impacto negativo se puede citar, entre otras, la Sentencia T-704 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, que estudió la procedencia de la consulta previa en el caso del pueblo Media Luna Dos por la ampliación del puerto de la empresa Cerrejón.

200 Sentencias T-080 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; SU-217 de 2017, M.P. María Victoria Calle Correa; T-236 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez; y T-733 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos. En la Sentencia C-369 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, se reiteró esa definición en el marco del control de constitucionalidad de la Ley 1930 de 2018 por infracción del derecho a la consulta previa.

201 Sentencia SU- 039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

202 Sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada por la Sentencia T-704 de 2016 y la Sentencia T-201 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

203 Sentencia T-201 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís; y T-397 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

204 Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

205 En la Sentencia C-389 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa, la Corte señaló que las medidas legislativas relacionadas con el territorio que impliquen un traslado deben contar con el consentimiento previo, libre e informado, según indica el Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unides sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En esta decisión, se declararon constitucionales los artículos 122, 124 y 133 del Código de Minas bajo la condición de que las medidas derivadas de su aplicación consideren la consulta previa y obtengan el consentimiento previo libre e informado de los pueblos étnicos diversos. A su vez, en la Sentencia C-395 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, que evaluó el artículo 122 del Código de Minas, esta Corporación determinó que en algunos casos se debe obtener el consentimiento previo libre e informado de la comunidad antes de dictar una norma. La aplicación de este estándar de participación asegura la participación de los pueblos étnicos en relación con medidas de una intensidad excepcional, en un espacio donde existe una garantía reforzada para dichos colectivos.

206 Sentencias T-256 de 2015, M.P Martha Victoria Sáchica Méndez; y SU-123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes. Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989.

207 Sentencias SU-123 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes; C-389 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa y T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Art. 29-1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

208 Sentencias T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-376 de 2012, María Victoria Calle Correa; C-068 de 2013; C-371 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-969 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-766 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-197 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-764 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-661 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa; T-550 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán; T-256 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; C-389 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa ; y SU-123 de 2018, M.P. Aberto Rojas Ríos y Rodrigo Uprimny Yepes; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo Saramaka. C. Surinam.

209 Sentencia SU-121 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

210 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

212 M.P. Alberto Rojas Ríos.

213 Sentencia SU-121 de 2022, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

214 Sentencia T-201 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

215 «Por el cual se modifica el Decreto-ley 2893 de 2011».

216 Sentencia C-009 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

217 Artículo 21 «[t]oda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole».

218 «Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás».

219 Ibidem.

220 Sentencia T-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

221 Ibidem.

222 Como demandados también figuran Rodrigo Velázquez Aizama, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Kipara de Trujillo, Valle del Cauca; Albeiro Niaza Namundia, consejero mayor y representante legal del resguardo indígena Drúa Do de Trujillo, Valle de Cauca; Saúl Maigara Guaquerama, consejero mayor y representante legal del asentamiento Kibaregamo de Trujillo, Valle del Cauca; Samuel Nacequia, consejero mayor y representante legal del asentamiento Dachi Ni de Trujillo, Valle del Cauca.

223 Sentencia SU-214 de 2022, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

224 Expediente digital T-9.127.737. Archivo «Anexo 8. Informe de Supervisión 30-09-2022.pdf- Rta. ICBF II.pdf», «Anexo 9. Informe de Supervisión 28-10-2022.pdf- Rta. ICBF II.pd», «Anexo 10. Informe de Supervisión 30-12-2022.pdf- Rta. ICBF II.pdf».

225 El ICBF adjuntó el link de información del procedimiento en el SECOP https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.2873425&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true. El cual, fue consultado el 21 de febrero de 2023.

226 De acuerdo con la Sentencia C-009 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Antonio José Lizarazo Ocampo), "Los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica son fundamentales, incluyen la protesta y están cobijados por las prerrogativas del derecho a la libertad de expresión. Así mismo excluyen de su contorno material las manifestaciones violentas y los objetivos ilícitos. Estos derechos tienen una naturaleza disruptiva, un componente estático (reunión/pública) y otro dinámico (manifestación pública). En este sentido, el ejercicio de estos derechos es determinante para la sociedad en la preservación de la democracia participativa y el pluralismo. Adicionalmente, sus limitaciones deben ser establecidas por la ley y, para que sean admisibles, deben cumplir con el principio de legalidad y, por lo tanto, ser previsibles."