

Sentencia T-397/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Fundamentos normativos

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental exigible cuando medida legislativa o administrativa afecta directamente un grupo étnicamente minoritario

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Protección constitucional e internacional

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Finalidades

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

CONSULTA PREVIA-Reglas jurisprudenciales

CONSULTA PREVIA-Afectación directa

ETNOEDUCACION O EDUCACION ESPECIAL PARA LOS GRUPOS ETNICOS-Régimen constitucional y legal

ETNOEDUCACION-Jurisprudencia constitucional

CONSULTA DE POLITICAS PUBLICAS EN MATERIA DE ALIMENTACION Y EDUCACION DE MENORES DE EDAD-Jurisprudencia constitucional

ESTRATEGIA DE ATENCION INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA DE CERO A SIEMPRE-Marco legal y reglamentario

DERECHO DE PETICION-Alcance y contenido

DERECHO DE PETICION-Respuesta debe ser de fondo, oportuna, congruente y tener notificación efectiva

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES EN RELACION CON EL PROGRAMA DE LA PRIMERA INFANCIA QUE ADELANTA EL ICBF-Orden a ICBF iniciar proceso de consulta previa para establecer el enfoque étnicamente diferenciado que deberá garantizar el Programa de Primera Infancia

DERECHO DE PETICION DE COMUNIDAD INDIGENA-Orden a ICBF contestar de fondo, de manera clara, precisa y congruente, el requerimiento de los demandantes

Referencia: expediente T-6.734.902

Acción de tutela instaurada por Gabriel Nastacuaz Ordoñez, Gobernador del Resguardo Indígena AWÁ el Sande, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- Regional Nariño y la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras”

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión[1] del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, el siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

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

I. ANTECEDENTES

El Resguardo Indígena Awá el Sande, ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez, actuando por intermedio de su Gobernador, promovió acción de tutela para obtener el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la consulta previa y a que se responda de fondo un derecho de petición.

Considera el accionante que los derechos invocados han sido presuntamente vulnerados por las entidades demandadas, al haber cambiado inconsultamente el operador que venía desarrollando el programa “De Cero a Siempre” con la primera infancia y madres gestantes y lactantes de su comunidad.

La acción fue promovida con fundamento en los siguientes:

1. Hechos

1.1 Gabriel Nastacuaz Ordoñez, en calidad de Gobernador[2] y representante legal del Resguardo Indígena Awá el Sande, manifestó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[3], Regional Nariño, cambió de manera inconsulta el

operador que venía desarrollando el programa de “De Cero a Siempre” en su comunidad.

1.2 Precisó que para cumplir los parámetros constitucionales el ICBF debe respetar el interior de sus territorios, su autonomía, autodeterminación y autogobierno. Solicitó que se acate el artículo 93 de la Constitución Política, que dispone la primacía de los tratados y convenios internacionales en el orden interno y que exige “La consulta previa cada vez que se prevea un acto legislativo o administrativo susceptible de afectar directamente a nuestras comunidades”. (negrilla del texto)

1.3 Señaló que la respuesta que dio el ICBF al derecho de petición[4] que elevaron sobre la sentencia T-201 de 2017, es descontextualizada cuando dice “No sobra advertir que el objeto de dicho proceso se entiende limitado a garantizar que los servicios prestados por el ICBF integren una educación de acuerdo a la cultura que poseen las comunidades y no implica en sentido alguno la escogencia del operador ni mucho menos la suspensión de la atención que brinda el programa. Para arribar a tal decisión, la jurisprudencia fue enfática en asegurar que la escogencia del operador en los programas de atención del ICBF en las comunidades étnicas no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural de las comunidades étnicas y por ende no resulta procedente realizar un proceso de consulta previa para ello”.

1.4 En su sentir, tal cita es descontextualizada porque “trata solamente sobre el marco de atención integral”. Precisó que leyendo con atención la mencionada sentencia encuentran que prácticamente todas las consideraciones de la Corte apoyan en todo momento la realización de la consulta previa pues “cualquiera que mire desapasionadamente la situación, comprenderá que la escogencia del operador tiene enorme incidencia en todos los aspectos de la formación de los miembros más tiernos de nuestras comunidades”. El Cabildo y la Comunidad Indígena el Sande, disienten de la apreciación que hace la Corte Constitucional, pues “la escogencia del operador implica necesariamente la presencia de personas ajenas a nuestra cultura, al interior de nuestros territorios, lo cual es un factor altamente aculturador que incita la pérdida del respeto hacia las autoridades y propicia la ingobernabilidad”. (Negrilla y subrayado del texto)

1.5 Demanda una respuesta de fondo al derecho de petición elevado a la Directora del ICBF Regional Nariño, respecto del cambio de operador, pues “cuando se

acusa a un operador de situaciones anormales hay que especificar cuáles y cuantas son esas situaciones que el equipo de apoyo encontró, indicando formas de anormalidad y montos. Lo anterior porque ATME ha venido trabajado desde hace varios años con este Resguardo, sin que de él se tenga la menor queja, antes por el contrario, sí la mejor opinión no solo de las autoridades tradicionales sino también de la comunidad, pues su personal es ampliamente conocedor de la idiosincrasia indígena, respetuoso de sus usos y costumbres, de sus leyes internas y su forma de trabajar encaja perfectamente con nosotros”. Refirió igualmente que en realidad no importa mucho quién sea el nuevo operador, pero sí exige la consulta previa porque “tenemos que concertar con él, no solo el modus operandi, sino como va a cumplir estrictamente con el contrato en todas las veredas, sin excepción de las más lejanas y difíciles. El nuevo operador se ha negado a ir al Resguardo, ni siquiera para conocerlo, darse cuenta de las dificultades que pueda tener, ni para concertar con sus autoridades y ha dicho que si quieren hablar con él, el Cabildo vaya a Pasto (sic)”.

1.6 Expresó que el ICBF cambió e impuso un operador desconocido “con el vago argumento de que con el operador anterior se habían reportado situaciones anormales sin especificar ninguna, cuando sucede que ATME venía trabajando desde hace muchos años a entera satisfacción tanto de la comunidad como de las autoridades tradicionales. Al solicitarle una consulta previa para el cambio de operador, respondió que era su prerrogativa, contrariando la doctrina constitucional”.

a. “Que se especifiquen detalladamente indicando las normas vulneradas y los montos de las anomalías que según su oficio se detectaron en el proceder del operador ATME y que motivaron su apartamiento del programa de Cero a siempre (sic)”.

b. “Que el ICBF junto con el nuevo operador ‘UN MUNDO SIN FRONTERAS’[5] convoquen a una CONSULTA PREVIA sobre todos los aspectos del programa de Cero a siempre (sic), tanto los logísticos como procedimentales, de personal capacitado y no capacitado, y de cubrimiento total del territorio del Resguardo, pues no es posible darles a unas comunidades el apoyo del programa y negárselo a otras aduciendo las dificultades y altos costos”.

c. “Esta consulta previa deberá efectuarse con la presencia del MINISTERIO DEL

INTERIOR, y la DEFENSORÍA DEL PUEBLO y su realización se hará al interior del territorio del Resguardo con la presencia del mayor número de comuneros posible”.

2. Trámite procesal

Por auto del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)[6], el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego avocó el conocimiento de la acción de tutela, (i) ordenó notificar a las entidades demandadas; (ii) vinculó al trámite al Ministerio del Interior y a la Defensoría del Pueblo Regional Nariño; (iii) solicitó al ICBF Regional Nariño, copia de los actos administrativos de vinculación o contratos celebrados con la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras”; y (iv) solicitó al accionante la documentación que acredite su calidad de Gobernador y representante legal del Resguardo Indígena Awá el Sande con la respectiva acta de posesión.

2.1 Respuesta de la Defensoría del Pueblo

Mediante escrito del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciocho (2018)[7], Gilma Burbano Valdez, Defensora del Pueblo Regional Nariño, contestó el requerimiento judicial.

Solicitó declarar improcedente la acción respecto de su representada por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que no hace parte de la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia (CIPI)[8], creada por el Gobierno Nacional mediante Decreto 4875 de 2011[9], cuya función principal es coordinar las acciones intersectoriales y la implementación de la “Estrategia de Cero a Siempre”, ejecutada por el ICBF según el artículo 19 de la Ley 1804 de 2016[10]. No obstante, considera pertinente manifestar que en el asunto existen dos derechos en pugna: “(i) Derecho a la consulta previa y (ii) Derecho a la alimentación para niños menores miembros de la comunidad étnica, en aras de proteger el interés superior del menor; la Corte constitucional es reiterativa en señalar el ámbito material de la procedencia de la consulta previa, especialmente lo relacionado con los criterios aplicables a casos concretos como lo ha expuesto en la sentencia SU-096 de 2017 y la jurisprudencia relevante sobre las políticas públicas con enfoque diferencial en materia de alimentación y educación de menores de edad, especialmente lo expresado en las sentencias T-466 de 2016 y T-475 de 2016”.

Finalmente, indicó que la Defensoría del Pueblo Regional Nariño estará sujeta a los

procedimientos institucionales del orden nacional para realizar los acompañamientos de rigor que requiera la comunidad del Resguardo Indígena Awá el Sande a través del accionante, en garantía y prevención de presuntas violaciones a los derechos fundamentales referidos en su escrito de demanda de tutela.

2.2. Respuesta del Ministerio del Interior

Mediante escrito del treinta (30) de enero de dos mil dieciocho (2018)[11], Jorge Eliecer González Pertuz, Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, contestó el requerimiento judicial.

Refirió en su escrito que la Carta Política de 1991 consagró como derecho fundamental el reconocimiento y la especial protección de la diversidad étnica y cultural en el país, con la finalidad de dar cumplimiento al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptado en nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 de 1991[12], conformando el bloque de constitucionalidad.

Indicó que el Decreto 2893 de 2011[13] creó la Dirección de Consulta Previa y le asignó funciones específicas para dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la Ley, razón por la cual el Ministerio del Interior a través de esta Dirección y con el propósito de respetar el debido proceso en el marco de la consulta previa, debe certificar la presencia o no de grupos étnicos en territorios donde se pretenda desarrollar cualquier proyecto, obra, actividad (POA) o implementar medidas administrativas o legislativas que afecten su estructura y estilo de vida de conformidad con sus usos y costumbres. Señaló que compete a quien pretenda ejecutar o poner en marcha un proyecto, iniciar el proceso consultivo conforme establece la Directiva Presidencial 10 de 2013[14].

Advirtió que el desarrollo integral de las políticas que inciden en la atención de los niños desde la gestación hasta los cinco años de edad, lo asume el ICBF, acorde con los lineamientos técnicos, dispuestos en la Ley 7ª. de 1979[15] y el Decreto reglamentario 2388 de 1979[16]. Los actos administrativos emanados de dicha autoridad, encaminados a regular la prestación de servicios que se derivan de los programas de primera infancia, se surten mediante el contrato de aportes. Igualmente, como instrumento relevante y definitivo, el Presidente de la República sancionó la Ley 1804 de 2016 que encargó al

Consejo de Política Social la función de definir las mejores alternativas para garantizar en forma progresiva los derechos de los niños en el territorio nacional.

Señaló que según se colige del pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la sentencia T-475 de 2016, “los niños gozan de un status jurídico especial porque han sido considerados sujetos de protección constitucional reforzada, categorización que implica entre otras cosas, que sus derechos prevalecen respecto de los derechos de los demás, incluyendo el derecho fundamental a la consulta previa que le asiste a las minorías étnicas. Esto se explica por las características del interés superior del niño que no encuentra excepción alguna, por lo cual se infiere que en tratándose de minorías como las comunidades afro descendientes o pueblos indígenas, tampoco prevalece el derecho a la consulta previa”. De manera que el interés superior del menor de edad se determina con base en la situación especial del niño y no depende necesariamente de lo que los padres o la sociedad consideren lo mejor para ellos.

Infiere que es deber del ICBF, como rector de las políticas públicas de primera infancia, definir las pautas y requisitos a observar para materializar el enfoque diferencial de manera general, en favor de la comunidad de menores pertenecientes a las diferentes etnias de la nación, a través de los mecanismos de participación, los cuales deben promoverse al interior de las agrupaciones étnicas, facilitando los espacios de intervención y discusión constructiva que aporten a la ejecución de los mismos.

En atención a lo anterior, refirió que en el Plan de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, las entidades del Estado participaron en la consulta previa con la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas y la Comisión Nacional de Diálogo con el Pueblo Rom, para el desarrollo de programas dirigidos a grupos étnicos, lo cual hizo expreso para el ICBF el acuerdo de concertar la prestación del servicio a las comunidades étnicas (Ley 1450 de 2011, artículo 273). En ese orden, el proceso consultivo de la atención a primera infancia ya se encuentra surtido y “no tendría sentido someter la prestación de servicios a los niños y niñas de la primera infancia, a la realización de consultas previas que se traducen en procesos adicionales y particulares con cada comunidad étnica, máxime cuando el objeto central de los programas del ICBF, como ya se mencionó, imponen un deber de inmediatez y celeridad frente a los derechos de los

niños que son prevalentes y revisten un carácter de urgencia y preeminencia dentro de la gestión administrativa del estado”.

De otra parte, respecto de la contratación de programas dirigidos a la primera infancia destacó que en virtud del Decreto Ley 2150 de 1995, artículo 122[17], el ICBF escoge el operador que ejecute los programas que implemente la entidad, lo que hace imposible que se deje esta facultad a las comunidades étnicas, en atención, además, a que estos programas no solo van dirigidos a estas, sino a la población de primera infancia en todo el territorio colombiano, claro está, atendiendo el componente de enfoque diferencial de cara a la contratación. De manera que la consulta no está instituida para sustituir el procedimiento legal de escogencia y contratación del prestador del programa que desarrolla el ICBF, “lo que debe ser objeto de participación étnica es la definición del lineamiento técnico diferenciado para la prestación del servicio de primera infancia, a través de los espacios nacionales y no a través de cada resguardo, cabildo, parcialidad indígena o consejo comunitario, considerados de manera particular y concreta, sino a través de los espacios nacionales constituidos para tal fin”.

Precisó finalmente que la Corte Constitucional en sentencia C-1487 de 2011 señaló que “la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida-administrativa o legislativa- que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente(...)”, este criterio surge “no solo de la calidad de directa que se predica de la afectación que produzca una medida para que sea imperativa la consulta, sino también del hecho de que la misma procede cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio(...), afectación que debe ser capaz de alterar el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes(...).

Así las cosas, para determinar cuándo una decisión específica puede afectar los intereses de las comunidades étnicas, es preciso analizar los impactos económicos, sociales, bióticos y ambientales que el proyecto, obra o actividad que se pretenda realizar las afecten, “entendiéndose esta afectación como la intromisión que genera un menoscabo a su entorno cultural, a la integridad de su territorio, a la afectación negativa de sus proyectos de vida o de sus actividades como comunidad y a los hechos que atenten contra su existencia”.

En el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza del servicio público de carácter fundamental que presta el ICBF, se requiere que las soluciones de complementación nutricional y desarrollo integral se pongan en marcha con celeridad, eficiencia y eficacia. Es por lo anterior que el escenario de concertación requerido para los programas de primera infancia con enfoque diferencial, no puede significar en modo alguno la suspensión de la prestación de los servicios de alimentación a los menores de edad, ello como consecuencia de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños. Dada la necesidad de prestar en forma inmediata e ininterrumpida dichos programas, se observa un claro escenario en el que se permite limitar el derecho a la consulta previa, en aras de preservar el derecho fundamental e interés superior que les asiste a los menores de edad.

En ese orden de ideas, solicitó (i) declarar improcedente el amparo, toda vez que para este caso, la consulta previa no es procedente, pues no se ajusta a los parámetros establecidos en la Directiva Presidencial 10 de 2013[18] y el Decreto Presidencial 2613 de 2013[19]; (ii) no se vislumbra la vulneración de derecho fundamental alguno; y (iii) en la Dirección de Consulta Previa no reposa solicitud de inicio de proceso consultivo por parte del ICBF, para los programas de primera infancia en el Departamento de Nariño.

2.3. Respuesta ICBF –Regional Nariño

Mediante escrito del treinta (30) de enero de 2018, Martha Eugenia Huertas Bravo, Directora (E) del ICBF – Regional Nariño, contestó el requerimiento judicial en los siguientes términos:

Indicó que la ejecución contractual inicia el primero (1º) de febrero de 2018, y con el fin de cumplir con la concertación metodológica y funcional del programa en los diferentes sectores con las comunidades indígenas, la Fundación ya ha adelantado varias reuniones con el Gobernador Indígena del Resguardo Awá el Sande, dando cabal cumplimiento “en el sentido de realizar mesas de concertación existiendo entonces hechos superados”.

Precisó que el ICBF es muy respetuoso de las costumbres y derechos constitucionales de todas las comunidades indígenas, se preocupa por garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes y de esta manera que la cultura ancestral perdure en el tiempo, a través de la concertación y el diseño de estrategias para implementar programas que atiendan las características y particularidades culturales y sociales de la población, así como

el bienestar de los niños acorde con su estilo de vida, aspectos que “son sustento del Plan Operativo de Atención Integral”.

Puntualizó que la estrategia para la atención integral de la primera infancia se ha construido concibiendo a las mujeres gestantes, niñas y niños, como sujetos de derecho, únicos y singulares, activos en su propio desarrollo. Es un conjunto de acciones planificadas a nivel nacional y territorial, “dirigidas a promover y garantizar el desarrollo de los niños de primera infancia, a través de un trabajo unificado e intersectorial, que desde la perspectiva de derechos y con un enfoque diferencial, articula y promueve el desarrollo de planes, programas, proyectos y acciones para su atención”.

Reafirmó que no es necesario realizar consulta previa para que los accionantes decidan qué operador entra a ejecutar los programas que tiene el ICBF tendientes a proteger los niños de primera infancia, pues como ya les ha manifestado la entidad, “de acuerdo al concepto enviado por el Ministerio del Interior, no existe la necesidad de realizar dicha consulta teniendo en cuenta que se trata de programas de primera infancia donde el interés del menor prima sobre los procedimientos como el de consulta previa”.

Alegó que el ICBF en ningún momento ha conculcado algún derecho fundamental, por el contrario, “el operador de acuerdo a los términos y requisitos establecidos ha desarrollado la concertación con las autoridades de la comunidad indígena dando cumplimiento al contrato de aporte y a las normas aplicables al caso y se ha llegado a un acuerdo referente al enfoque diferencial en búsqueda de la preservación de sus costumbres, por lo tanto, la entidad no ha incumplido ninguno de sus deberes, siempre ha procurado la protección de los menores de edad a través de la ejecución de las diferentes modalidades institucionales”.

En atención a lo expuesto, y a que ya se han venido realizando mesas de concertación entre el operador y las autoridades del cabildo, solicitó se declare la carencia actual de objeto por hecho superado en el presente asunto.

2.4. Respuesta de la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras”

Mediante escrito del veintinueve (29) de enero de 2018, Diego Iván Citeli Jurado, representante legal de la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras”, contestó el requerimiento

judicial.

Afirmó que la entidad al cumplir con todos los requisitos jurídicos, técnicos y financieros establecidos por el ICBF Sede Nacional, es miembro del Banco de Oferentes de Primera Infancia, por lo tanto, recibe invitación de dicha entidad el 10 de diciembre de 2017, para suscribir contrato de aporte, “para la atención de 1469 beneficiarios entre 0 y 5 años de edad y mujeres en estado de gestación en la modalidad Desarrollo Infantil en medio familiar y dentro del mismo se encuentra la atención de 265 beneficiarios del Resguardo Indígena Awá el Sande, en el municipio de Santa Cruz de Guachavez. Posteriormente, se firma un otosí el 16 de diciembre, incluyendo 581 cupos de los resguardos Awá del municipio de Ricaurte”.

Manifestó que “dentro de las fechas de apalancamiento en el mes de diciembre de 2017 se intentó la comunicación con el resguardo, con el fin de iniciar el acercamiento para la articulación de acciones en la operación del contrato suscrito. El día 19 de enero de 2018, se presenta oficialmente la entidad al señor Gobernador Indígena Gabriel Nastacuas Ordoñez, en esta reunión se acordó contratar talento humano de la región perteneciente al resguardo, para realizar una intervención sin daño, respetando las tradiciones, costumbres y saberes ancestrales, se convino que el transporte y entrega de los complementos alimentarios (refrigerios y paquetes alimentarios) debe ser con el personal y en las zonas establecidas por el resguardo. El 24 de enero el señor Gobernador allegó las hojas de vida del personal avalado para la atención de los niños, niñas y mujeres en estado de gestación, las cuales fueron aprobadas, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos mínimos de idoneidad[20]. Con dicho personal, se dio inició a las actividades presentadas y aprobadas por la entidad y el ICBF, la elaboración del material de trabajo, el complemento alimentario y las líneas de atención serán concertadas con el resguardo atendiendo siempre el enfoque diferencial y respetando el personal de la comunidad contratado”.

Concluyó señalando que “ha cumplido con las obligaciones contractuales estipuladas en el contrato de aporte nro. 427- 2017 como operador estratégico del ICBF para el Desarrollo Infantil en el servicio de educación inicial, dentro del marco de la implementación de la Política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de “Cero a Siempre” (Ley 1804 de agosto de 2016). En consecuencia, solicitó declarar improcedente la acción de amparo toda vez que se cumplieron los procesos de concertación con la comunidad

accionante, respetando sus costumbres y su condición.

3. El fallo de primera instancia[21]

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego – Nariño, mediante providencia del siete (7) de febrero de 2018, denegó la acción de tutela instaurada.

Encontró demostrado el juez de instancia que no existe riesgo de afectación directa por el cambio de operador del programa “De Cero a Siempre”. Adujo que aceptar una consulta previa para ponerse de acuerdo cada vez que exista cambio de operador de programas que le competen al ICBF, en cualquier resguardo a nivel nacional, sería permitir la injerencia de éstos en la toma de decisiones y usurpar facultades que solo le corresponden a dicha entidad, por mandato legal.

Adicionalmente, consideró que no se presenta en el caso la presunta vulneración de derechos alegada, teniendo en cuenta que el operador demandado ya se encuentra ejecutando el programa con el aval del Gobernador del Resguardo Indígena, con el personal y las condiciones establecidas por él mismo.

Declaró como hecho superado la vulneración al derecho de petición invocado, toda vez que infirió que la puesta en marcha del programa en cabeza de la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras”, con personal perteneciente a la comunidad indígena, contradice cualquier inconformidad demandada.

El trece (13) de febrero de 2018, según constancia secretarial[22], venció el término dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, para impugnar el fallo de tutela, sin que ninguna de las partes haya hecho uso de tal recurso, razón por la que el juez de instancia dispuso remitir el proceso a la Corte Constitucional.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia.

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de referencia.

2. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Séptima de Revisión, determinar si el ICBF (i) desconoció el derecho a la consulta previa del Resguardo Indígena Awá el Sande, ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez, al haber cambiado inconsultamente el operador que venía desarrollando el programa “De Cero a Siempre” con la primera infancia y madres gestantes y lactantes de dicha comunidad y (ii) respondió la petición interpuesta por la parte actora en los términos de la jurisprudencia constitucional.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala considerará y reiterará los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la consulta previa y sus divergencias con los espacios de concertación, revalidando el deber de implementar programas y políticas públicas con enfoque étnico diferencial; (ii) marco normativo de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”; (iii) abordará brevemente el alcance del derecho fundamental de petición; y (iv) por último, entrará a analizar el asunto objeto de revisión.

3. El derecho fundamental a la consulta previa y sus divergencias con los espacios de concertación, revalidando el deber de implementar programas y políticas públicas con enfoque étnico diferencial.

El fundamento normativo del derecho a la consulta previa se encuentra en el artículo 1° de la Constitución, que señala que Colombia es un Estado Social de Derecho democrático, participativo y pluralista; en el artículo 2° que establece como fin del Estado facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; en el artículo 7° por el cual se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación; y en el artículo 40, según el cual todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación y control del poder político[23].

Sumado a lo anterior, debe señalarse que el carácter fundamental de la consulta previa 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, en reconocimiento de quienes son titulares del derecho: minorías étnicas, que han sido históricamente discriminadas.

En la sentencia C-175 de 2009[24] se señaló que “...el Estado constitucional tiene entre

sus propósitos la preservación de su carácter multiétnico y pluricultural. En ese sentido, la Carta Política reconoce que la Nación colombiana es una entidad compleja, conformada por comunidades diferenciadas, con concepciones disímiles de la vida social y política. A su vez, acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad; por lo tanto, deben ser protegidas.

Para el caso particular de las comunidades indígenas y afrodescendientes, existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan”.

El contenido constitucional propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales[25].

Estas prerrogativas, sumadas al contenido y alcance de normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad han permitido que la jurisprudencia de esta Corporación reconozca el derecho fundamental a la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes[26].

La Corte ha consolidado un precedente sobre los requisitos de aplicación, protección, contenido, alcance y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta,[27] sistematizado en las sentencias C-030/08[28] y C-461/08.[29]

En el marco del derecho internacional el Convenio 169 de la OIT “asume que los pueblos originarios pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”, reivindicando la capacidad y derecho de los pueblos indígenas de interactuar en condición de igualdad con el grupo mayoritario y aportar de esa forma a la construcción del Estado.[30] El artículo 6 del Convenio impone el deber de “(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”. Dispone, además, que las consultas llevadas a cabo deberán efectuarse de “buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

En ese marco, la sentencia SU- 039 de 1997[31] señaló que “La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.

Indicó además que “Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo”; debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. Preciso que “No tiene el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”.

En el mismo sentido, en la sentencia C-175 de 2009[32], ya citada, se dijo “la jurisprudencia constitucional también ha previsto la necesidad 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”.

Este instrumento de participación garantiza la intervención efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un espacio dirigido a proteger sus derechos fundamentales. En tal sentido, señaló la sentencia que “simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa”. Enfatizó la posición jurisprudencial sobre la materia en la cual se establece que “no tendrán valor de consulta previa: ‘la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales’;[33] ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;[34] ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.[35]”[36]

De los preceptos citados se desprenden ciertas reglas en materia de consulta previa, que han sido reiteradas por esta Corporación. La Sentencia hito T-129 de 2011[37], recopiló las principales:

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el

inicio observar las siguientes reglas:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el

proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

Las anteriores reglas proveen el carácter formal al proceso de consulta previa y restringen el supuesto que esta se supla con simples procesos administrativos, reuniones, notificaciones, etc., que intentan artificioamente sustituirla, pues como se advierte, dichas prácticas no tienen tal entidad[38].

Ahora bien, cuando no se logra un convenio entre las comunidades étnicas y los representantes del Estado, ha dicho la Corte, a aquellas no les asiste el derecho a impedir irrazonablemente la implementación de medidas legislativas, administrativas o de otra índole, que les afecten directamente, pero tampoco el Estado puede imponer injustificadamente sus proyectos, pues se ratifica que “si no se puede obtener el consentimiento de las comunidades, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad y efectuarse bajo la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y con el respeto a la diversidad cultural”[39].

Se entiende que, en el marco de implementación de medidas legislativas, administrativas

de carácter general y/o concreto, así como de políticas públicas, planes, proyectos, etc., procede la consulta previa cuando en su desarrollo se considera que la medida puede afectar directamente las comunidades étnicas.

El concepto de “afectación directa”[40] entonces, cobra especial relevancia en tanto el contenido de cualquiera de aquellas disposiciones puede impactar de manera positiva o negativa a la comunidad. Aun cuando el mismo no ha sido definido ni por el Convenio 169 de la OIT ni por la legislación interna, ha sido un concepto desarrollado en sede judicial por la Corte Constitucional y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[41]. La sentencia T-376 de 2012[42] al estudiar este criterio señaló:

“puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. || (...) procede la consulta cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta (...) lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. [...] puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población [...]”[43].

En ese orden, es claro que el ámbito de aplicación de la consulta envuelve tanto las medidas específicas, particulares y concretas, como las generales y abstractas, insistiendo en que la consulta sí es procedente, siempre que se acredite la afectación directa.

Ahora bien, en la creación, desarrollo y ejecución de políticas públicas atinentes a Programas de Primera Infancia, inciden en el proceso las disposiciones normativas previstas en la Ley 1098 de 2006[44], que en el artículo 29 establece que el ICBF asume la atención de los niños y niñas desde los cero (0) hasta los seis (6) años de edad, de acuerdo con el

rol que les corresponde, “con un enfoque diferencial y poblacional”[45]. En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Alta Corporación ha reconocido dicho criterio previniendo el deber del Estado de incorporar en sus programas de alimentación y educación, un enfoque diferencial, respetuoso de la cosmovisión de los pueblos étnicamente diferenciados[46].

De conformidad con lo expuesto, el referente jurisprudencial trazado para que se garantice el derecho a la etnoeducación de las comunidades indígenas, ha establecido una serie de componentes o requisitos, a partir de lo consagrado en la Constitución Política, en el Convenio 169 de la OIT, en la Ley 115 de 1994[47] y su decreto reglamentario 804 de 1995. La sentencia T-049 de 2013[48] los detalló de la siguiente forma:

i) El carácter bilingüe de la misma, que debe rescatar, enseñar y preservar la lengua materna de las comunidades indígenas, además de enseñar el castellano –art.10 CP, art. 28 del Convenio 169 de la OIT, art. 57 de la Ley 115 de 1994-. La importancia del elemento lingüístico para la etnoeducación ha sido especialmente resaltada por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, quien ha expresado que la lengua “se convierte en medio esencial para transmitir la cultura, los valores y la cosmovisión indígena”[49].[50]

(ii) El segundo elemento de la etnoeducación lo constituye la necesidad de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos para los grupos y comunidades indígenas. Así el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 consagra que “La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos”.

Sobre este punto central para la resolución de esta tutela, la sentencia C-208 de 2007 precisó que “el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas no puede estar regulado de la misma forma en que está reglamentado el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para el resto de la población colombiana pues, en virtud del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, estas disposiciones deben ajustarse “a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional” para que así respondan “a sus diferentes

manifestaciones de cultura y formas de vida”. Así mismo determinó que tales normas especiales, al ser medidas que les afectan directamente, deben ser consultadas previamente con estas comunidades.” [51] (Enfasis fuera de texto)

(iii) El tercer elemento de la etnoeducación lo constituye la obligación del Estado de promover y fomentar la formación de educadores en el conocimiento de las culturas y lenguas de los grupos étnicos –art.58 de la Ley 115 de 1994, arts. 5-9 del Decreto 804 de 1995. [52]

(iv) El cuarto requisito de la etnoeducación se refiere al currículo, el cual se fundamenta en “la territorialidad, la autonomía, la lengua, la concepción de vida de cada pueblo, su historia e identidad según sus usos y costumbres”. Sobre el punto, el Relator de Naciones Unidas ha indicado que “la UNESCO enfatiza la necesidad de un currículo lingüística y culturalmente pertinente, en el cual la historia, los valores, las lenguas, las tradiciones orales y la espiritualidad sean reconocidas, respetadas y promovidas. Los pueblos indígenas reclaman ahora un currículo escolar adaptado a las diferencias culturales, que incluya las lenguas indígenas y considere el uso de metodologías pedagógicas alternativas”[53].[54]

(v) La quinta condición es la “administración y gestión institucionales”, la cual hace relación a aspectos tales como los diferentes calendarios, espacios, condiciones geográficas, climáticas, el gobierno escolar, manuales de convivencia, materiales educativos, entre otros, aspectos que se encuentran desarrollados en los artículos 17 y siguientes del Decreto 804 de 1995. [55]

(vi) Finalmente, es de resaltar la especial importancia que connota la participación de la comunidad étnica como requisito necesario y obligatorio para la garantía efectiva del derecho fundamental a la etnoeducación de las comunidades étnicas.

La participación de la comunidad étnica tiene importancia crucial para la satisfacción de los anteriores componentes reseñados del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los miembros de dichos pueblos. A este respecto, el Relator de Naciones Unidas ha enfatizado que se requiere que las comunidades étnicas “puedan participar libremente en todas las etapas de planeación, diseño, implementación y evaluación de estas reformas [a la etnoeducación]”. [56] (Resalta la Sala) Sobre el tema, mediante la Sentencia C-208 de 2007, este Tribunal reconoció que “la participación y

cooperación de los grupos étnicos en los programas y servicios de educación a ellos destinados es “el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional”. [57] (Enfatiza la Corte)

En lo atinente a programas de alimentación, las providencias más relevantes son las Sentencias T- 466 de 2016[58] y T-475 de 2016[59], reiteradas en diversos fallos. En esta oportunidad, se reafirma el lineamiento en ellas expuesto, según el cual “existe una obligación de consultar todas aquellas medidas, incluso políticas públicas en materia de alimentación de niños, que afecten directamente derechos étnicos, salvo que, por la gravedad, urgencia y extrema necesidad del caso, se justifique flexibilizar el deber de consulta en aras de proteger el interés superior del menor”.

La Sala Tercera de Revisión, decidió en la sentencia T-475 de 2016 confirmar parcialmente el fallo que tuteló el derecho fundamental a la consulta previa para la implementación del Plan de Primera Infancia en las Comunidades Negras de Repelón y Polonuevo y ordenó adelantar el proceso de concertación con un enfoque étnico diferencial.

En sus consideraciones y para la resolución del caso, analizó la vulneración por parte del ICBF del derecho fundamental a la consulta previa de esas comunidades negras, al no concertar con ellas, la selección de los operadores de los programas de primera infancia. Estimó en su análisis que “los niños gozan de un estatus jurídico especial, por lo que han sido considerados sujetos de protección constitucional reforzada. Ese estatus jurídico especial implica, entre otras, que sus derechos prevalecen respecto de los derechos de los demás, incluyendo el derecho fundamental a la consulta previa que les asiste a las comunidades afrodescendientes. Esto se explica por las características del interés superior del niño, en especial por su autonomía. Recuérdese en este sentido que el interés superior del menor se determina con base en la situación especial del niño y no depende necesariamente de lo que los padres o la sociedad consideren lo mejor para ellos. Concluyó igualmente que “la obligatoriedad del interés superior del niño no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de minorías, como lo son las comunidades afro descendientes o pueblos indígenas. Por esto, los miembros de dichas minorías o comunidades están obligados, en el marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños la protección especial que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen”.

La Sala Novena de Revisión en sentencia T-201 de 2017[60], decidió ordenar al ICBF iniciar un proceso de consulta previa con un comité compuesto por representantes del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, mediante un procedimiento previamente consultado (preconsulta), que establezca cual será el plan étnicamente diferenciado que deberá utilizar el Instituto para implementar las medidas correspondientes al Programa de Primera Infancia.

Concluyó en su análisis que “existe un deber de consulta de todas aquellas medidas que afecten derechos de comunidades étnicas, incluso, tratándose de programas dirigidos a niños indígenas. Sin embargo, cuando de los hechos del caso se concluya que existe una situación extrema, urgente que requiera el derecho a la consulta puede ser flexibilizado en aras de proteger el interés superior del menor; aspecto que debe ser analizado caso a caso”.

4. Marco normativo de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”.

La incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Constitución Política de 1991, y la promulgación de la Ley 1098 por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia, fueron determinantes para que el Gobierno Nacional promulgara la Ley 1450 en 2011 (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos”), a partir del cual se consolida la Comisión Intersectorial de Primera Infancia[61] y con ella La Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia, “De Cero a Siempre”.

La Política Pública de Atención Integral a la Primera Infancia, Estrategia de Cero a Siempre, es el conjunto de acciones planificadas de carácter nacional y territorial, dirigidas a promover y garantizar el desarrollo infantil de las niñas y los niños desde su gestación hasta los seis años que, desde la perspectiva de derechos y con un enfoque diferencial, articula y promueve el desarrollo de planes, programas, proyectos y acciones para la atención integral que debe asegurarse a cada niño, de acuerdo con su edad, contexto y condición[62]. Todo ello, a través de la denominada Ruta Integral de Atenciones[63], focalizada en cinco estructurantes a saber: el cuidado y la crianza; la salud, la alimentación y la nutrición; la educación inicial; la recreación y el ejercicio de la ciudadanía y participación.

Como instrumento relevante y definitivo para lograr el desarrollo integral[64] de la primera infancia, el Gobierno Nacional sancionó la Ley 1804 de 2016 “Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre”. Esta ley busca fortalecer el marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños de cero a seis años de edad, así como la materialización del Estado Social de Derecho (artículo 1°). Igualmente, dicha norma encarga al Consejo de Política Social la función de definir las mejores alternativas para garantizar en forma progresiva los derechos de los niños en el territorio nacional (artículo 8).

En el contenido de la norma se puede evidenciar cómo confluyen las diferentes instituciones del orden nacional, destacando el rol del ICBF definido por su naturaleza institucional y por el doble papel que le asigna la Ley 1098 de 2006, como ente rector, articulador y coordinador (artículo 19).

Es importante señalar, que la implementación de la Política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de Cero a Siempre, en el marco de la Ruta Integral de Atenciones, es responsabilidad de todas las entidades del nivel nacional que hacen parte de la Comisión Intersectorial de Primera Infancia, así como de las familias, las comunidades, los departamentos y municipios en donde se materializan las atenciones dirigidas a los niños y sus familias[65].

En la apuesta del Gobierno por ofrecer con calidad y oportunidad los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral para la Primera Infancia, son concebidas como aliados estratégicos, las entidades administradoras de servicios. Conforme a la normatividad vigente[66], el ICBF está facultado para celebrar contratos de aporte para brindar el servicio público de bienestar familiar. En consecuencia, para administrar las modalidades de educación inicial[67], se autoriza la contratación con entidades sin ánimo de lucro tales como: Asociaciones de Padres de Familia, Cooperativas, Organizaciones Comunitarias y de Grupos Étnicos reconocidos por el Decreto 1088 de 1993 por el Ministerio del Interior (Cabildos Indígenas, Asociaciones de Cabildos, autoridades y consejos comunitarios, entre otros) ONG, Cajas de Compensación Familiar, Fundaciones, Confesiones Religiosas, entre otras, con fines de interés social y de utilidad pública, de reconocida solvencia moral, con experiencia y capacidad técnica, jurídica, administrativa y financiera,

previo el cumplimiento de requerimientos de experiencia e idoneidad[68].

Según se expone en el Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia, la puesta en operación de la modalidad y de cada uno de los servicios se puede realizar por dos vías: (i) Por la contratación del servicio con la totalidad de los componentes de atención, (ii) Contratando alguno (s) componentes del servicio. Esta última, debe ser avalada por la Dirección de Primera Infancia, quien emitirá un concepto a partir del análisis de la Ruta Integral de Atención (RIA) del territorio en el que operará el servicio, el análisis de los indicadores relacionados con la garantía de derechos, así como las prácticas culturales de la comunidad, con el fin de evaluar y determinar el o los componentes que requieren complementarse en el territorio, garantizando la atención integral con pertinencia.

En este punto resulta importante revisar brevemente el contrato de aporte mediante el cual se faculta al ICBF para brindar el servicio público de bienestar familiar.

Como dispone el Manual de Contratación del ICBF[69], esta entidad en materia de contratación, cuenta con un régimen especial o exceptivo, establecido en la Ley 7ª de 1979 artículo 21 numeral 9; el Decreto 2388 de 1979, artículo 123 y ss.; Decreto 2923 de 1994, Decreto 2150 de 1995, artículo 122; y Decreto 1529 de 1996, conocido como “Régimen Especial de Aporte”, de manera que los contratos que celebre el ICBF para la operación de sus programas misionales se rigen por las normas sobre contrato de aporte, pues “su finalidad es la protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños, niñas y adolescentes dentro del marco del Estado Social de Derecho, propendiendo por el fortalecimiento de la unidad familiar, la garantía de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, su prevalencia y debida protección de su interés superior”[70]. La normativa reseñada se aplica a los procesos de selección de operadores y/o contratistas que se adelantan con el ICBF en sus etapas de planeación, precontractual, contractual y postcontractual, según el régimen pertinente.

Esa preceptiva define el contrato de aporte como “el negocio jurídico que se celebra entre el Instituto y una institución de utilidad pública o social, por medio del cual aquel se obliga a proveer a ésta los bienes o servicios 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 ICBF”.

La Sala Octava de Revisión en sentencia T-667 de 2017[71], explicó las características de este contrato:

Las características del contrato de aporte[72] son las siguientes:

- Se rige por un régimen exceptivo de contratación estatal, es decir no le 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.
- Existe una obligación del ICBF de “aportar” los elementos necesarios para que el gestor del contrato pueda ejecutar el mismo.[73]

Hay una entidad contratante calificada, en este caso el ICBF y una entidad contratista que puede ser una entidad sin ánimo de lucro[74].

5. Breve reseña sobre el alcance del derecho fundamental de petición. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 23 de la Constitución Política de 1991, dispone que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución[76].

La jurisprudencia constitucional ha categorizado el derecho de petición como (i) de tipo instrumental, pues el ejercicio del mismo, permite hacer efectivos otros derechos de rango constitucional[77]; (ii) uno de los mecanismos de participación más importantes, en tanto, es el principal medio que tiene la ciudadanía para exigir a las autoridades el cumplimiento de sus deberes[78]. Según ha indicado la Corte, “(...) dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado”[79].

Este deber de contestar las peticiones de manera clara, precisa y congruente, exige una

respuesta que resuelva materialmente lo pedido. La jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo deber ser: “(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”[80].

En otras palabras, el goce efectivo del derecho de petición implica que exista una contestación que resuelva efectivamente lo pedido, que la respuesta no sea evasiva ni abstracta, se insiste, debe ser de fondo, clara, congruente y oportuna[81].

6. Análisis del caso concreto

6.1. Resumen de los hechos

El señor Gabriel Nastacuaz Ordoñez, en calidad de Gobernador[82] y representante legal del Resguardo Indígena Awá el Sande, pretende que se ordene al ICBF Regional Nariño y/o Centro Zonal de Túquerres, lo siguiente: 2º) ‘Que el ICBF junto con el nuevo operador ‘UN MUNDO SIN FRONTERAS’ convoquen a una CONSULTA PREVIA sobre todos los aspectos del programa de Cero a siempre (sic), tanto los logísticos como procedimentales, de personal capacitado y no capacitado, y de cubrimiento total del territorio del Resguardo, pues no es posible darles a unas comunidades el apoyo del programa y negárselo a otras aduciendo las dificultades y altos costos’.

Fundamenta su inconformidad, señalando como descontextualizada la postura expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia T-201 de 2017 que en algunos de sus apartes advierte que “la escogencia del operador en los programas de atención del ICBF en las comunidades étnicas no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural de las comunidades étnicas y por ende no resulta procedente realizar un proceso de consulta previa para ello”.

En su parecer, “la escogencia del operador implica necesariamente la presencia de personas ajenas a nuestra cultura al interior de nuestros territorios; por ejemplo, en el caso del SANDE el operador tiene que hacer llegar alimentos a 23 veredas la mayoría de las cuales se encuentran retiradísimas en medio de la selva, a 5 y hasta 10 horas de camino por trochas en mal estado, únicamente transitables por mulas para llevar la carga con los insumos. Estos son detalles que el operador contratado ignora completamente, como también ignora que por razones de orden público el costo por día de cada mula es mínimo de noventa mil (\$90.000) pesos diarios y hay que llevar dichos insumos nosotros no tenemos esas mulas, de modo que hay que contratar arrieros por fuera de la comunidad y la presencia de esas personas ajenas a nuestra cultura en forma casi que constante, es factor altamente aculturador y de mal ejemplo para nuestros hijos. Otro aspecto es que esas personas no se sienten cobijadas por la Autoridad tradicional indígena y como ha sucedido en otras partes lo pregonan ante los estudiantes y comuneros lo que los incita a la pérdida del respeto hacia sus autoridades y propicia la ingobernabilidad”.

Exige la consulta previa porque cree importante concertar con el operador “no solo el modus operandi, sino como va a cumplir estrictamente con el contrato en todas las veredas, sin excepción de las más lejanas y difíciles. El nuevo operador se ha negado a ir al Resguardo, ni siquiera para conocerlo, darse cuenta de las dificultades que pueda tener, ni para concertar con sus autoridades y ha dicho que, si quieren hablar con él, el Cabildo vaya a Pasto (sic)”.

En atención a lo expuesto, y a que ya se han venido realizando mesas de concertación entre el operador y las autoridades del cabildo, solicitó se declare la carencia actual de objeto por hecho superado en el presente asunto.

La Fundación “Un Mundo Sin Fronteras” por su parte, refirió que suscribió contrato de aporte con el ICBF “para la atención de 1469 beneficiarios entre 0 y 5 años de edad y mujeres en estado de gestación en la modalidad Desarrollo Infantil en medio familiar y dentro del mismo se encuentra la atención de 265 beneficiarios del Resguardo Indígena Awá el Sande, en el municipio de Santa Cruz de Guachavez. Posteriormente, se firma un otosí el 16 de diciembre, incluyendo 581 cupos de los resguardos Awá del municipio de Ricaurte”.

Afirmó que “El día 19 de enero de 2018, se presenta oficialmente la entidad al señor Gobernador Indígena Gabriel Nastacuas Ordoñez, en esta reunión se acordó contratar talento humano de la región perteneciente al resguardo, para realizar una intervención sin daño, respetando las tradiciones, costumbres y saberes ancestrales, se convino que el transporte y entrega de los complementos alimentarios (refrigerios y paquetes alimentarios) debe ser con el personal y en las zonas establecidas por el resguardo. El 24 de enero el señor Gobernador allegó las hojas de vida del personal avalado para la atención de los niños, niñas y mujeres en estado de gestación, las cuales fueron aprobadas, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos mínimos de idoneidad”[83].

Adujo finalmente que, “ha cumplido con las obligaciones contractuales estipuladas en el contrato de aporte nro. 427- 2017 como operador estratégico del ICBF para el Desarrollo Infantil en el servicio de educación inicial, dentro del marco de la implementación de la Política de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia de “Cero a Siempre” (Ley 1804 de agosto de 2016). En consecuencia, solicitó declarar improcedente la acción de amparo toda vez que se cumplieron los procesos de concertación con la comunidad accionante, respetando sus costumbres y su condición.

El juez de instancia encontró demostrado que no existe riesgo de afectación directa por el cambio de operador del programa “De Cero a Siempre”. Concluyó que aceptar una consulta previa para ponerse de acuerdo cada vez que exista cambio de operador de programas que le competen al ICBF, en cualquier resguardo a nivel nacional, sería aceptar la injerencia de éstos en la toma de decisiones y usurpar facultades que solo le corresponden a dicha entidad, por mandato legal.

Adicionalmente, consideró que no se presenta en el caso la presunta vulneración de derechos alegada, teniendo en cuenta que el operador demandado ya se encuentra ejecutando el programa con el aval del Gobernador del Resguardo Indígena, con el personal y las condiciones establecidas por el mismo.

Contextualizado el presente asunto, pasa la Sala a resolver el tema de fondo.

6.2. Procedencia de la acción de tutela

6.2.1. La legitimación activa de las comunidades indígenas para demandar la protección de

sus derechos fundamentales mediante acción de tutela.

Esta Corporación en jurisprudencia amplia y suficiente ha sostenido con base en los artículos 7 y 70 de la Constitución, que “la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales”. Además, ha precisado que las autoridades ancestrales, de manera directa o por medio de apoderado, tienen la legitimidad de interponer las acciones de tutela para garantizar la protección de sus derechos, los cuales “no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia (...)”[84]. Es decir, “(...) estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados”[85].

La diversidad étnica y cultural que reconoce y protege la Constitución Política, ha dicho la Corte “se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias (...) En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14) (...) El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”[86].

Como sujetos titulares de derechos, las comunidades indígenas a través de sus dirigentes y

miembros, gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de sus derechos fundamentales, según ha establecido la jurisprudencia constitucional[87]. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo.

En el asunto sub-judice, el Resguardo Indígena Awá el Sande ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez, se encuentra legitimado a través del señor Gabriel Nastacuas Ordoñez en calidad de Gobernador y representante legal de dicha comunidad, para reclamar la protección constitucional del derecho a la consulta previa[88].

6.2.2. Legitimación pasiva.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991[89], “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”. Señala igualmente la norma referida, que de acuerdo con lo establecido en los artículos 42 al 45 ibíd y el inciso final del artículo 86 superior “procede contra acciones u omisiones de particulares”. Este último define la acción de amparo como un mecanismo preferente, cautelar, residual y sumario que procede contra particulares (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión[90].

En este caso, es posible concluir que el ICBF (entidad de naturaleza pública) y la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras” (según Resolución 02566 de 2014[91], funge como una entidad privada sin ánimo de lucro autorizada para prestar el servicio público de Bienestar Familiar) en calidad de operador del programa “De Cero a Siempre”, están legitimados por pasiva, toda vez que son las entidades contra quienes se dirige la acción de amparo por la presunta vulneración del derecho a la consulta previa, en razón a las facultades que les fueran atribuidas dentro del desarrollo de la política pública de atención integral a la primera infancia.

6.2.3. Subsidiariedad.

El postulado previsto en el artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando no exista otro mecanismo de protección iusfundamental.

En tratándose de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales asentados en el territorio nacional, la Sala destaca que esta Corporación tiene definido que la acción de tutela es el único mecanismo efectivo previsto en el ordenamiento para garantizar el derecho fundamental a la consulta previa[92]. En este sentido, la sentencia SU-383 de 2003[93] precisó que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

Criterio consolidado entre otras, en la sentencia T-576 de 2014[94] en el que se señaló que:

“Los medios de defensa ante la jurisdicción contenciosa no son idóneos. Esto debido a que solo pueden resolver aspectos relativos a la legalidad de la decisión administrativa, más no está en capacidad de resolver temas relacionados con la omisión del procedimiento de consulta previa. En ese sentido, la Corte ha puesto de presente en casos similares al que ahora ocupa a la Sala que ante controversias relativas al amparo del derecho a la consulta previa en las que se plantee la necesidad de que los accionantes agoten otros mecanismos ordinarios de defensa, el juez constitucional deba considerar i) el carácter de derecho fundamental que se le reconoce a la consulta previa, ii) que es él el funcionario responsable de asegurar el ejercicio eficaz de esa categoría de derechos y que iii) las condiciones especiales de vulnerabilidad que suelen enfrentar las comunidades indígenas y tribales justifica que sea esta vía excepcional el escenario idóneo para evitar la lesión de sus derechos.”

Se concluye entonces, que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para solicitar la protección de los derechos de las comunidades étnicas. Así, a pesar de existir otras vías procesales en el ordenamiento jurídico, es el amparo constitucional el medio de defensa

más apropiado con el que cuentan estos grupos étnicos para proteger sus derechos fundamentales, y en particular el derecho a la consulta previa.

6.2.4. Inmediatez.

En cuanto a la inmediatez, la jurisprudencia constitucional señala que la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales. Sobre esa base, será el juez de tutela el encargado de ponderar y establecer, a la luz del caso concreto, si la acción se promovió dentro de un lapso prudencial, “de tal modo que, de un lado, se garantice la eficacia de la protección tutelar impetrada y, de otro, se evite satisfacer las pretensiones de aquellos que, por su desidia e inactividad, acudieron tardíamente a solicitar el amparo de sus derechos”[95].

En el presente asunto se considera superado este requisito, ya que se establece que la tutela se interpuso en un término prudencial entre la actuación que se presume vulneró los derechos invocados por el accionante y la presentación de la acción. En efecto, el 11 de diciembre de 2017, la Fundación “Un Mundo Sin Fronteras” suscribió contrato de aporte con el ICBF para ejecutar el programa de primera infancia en el servicio de centros de desarrollo infantil en los municipios de Providencia, Ospina, Sapuyes, Guaitarilla, la Llanada, Mallama, Ricaurte y Samaniego; y la acción de tutela fue interpuesta el 17 de enero de 2018.

6.3. Fondo del asunto.

La solución del problema jurídico demanda dilucidar si se configura, en este caso, la hipótesis de afectación directa que ha exigido la jurisprudencia como requisito para amparar el derecho a la consulta.

Ha dicho la Corte, en materia del derecho consultivo que ampara a las comunidades indígenas que “De lo que se trata, es de garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones. La convicción sobre la forma en que esa garantía de participación materializa otros derechos fundamentales de esas comunidades, como su autonomía y su subsistencia, es el punto de partida del deber

de consulta que el Convenio 169 les impuso a sus Estados parte, con la intención de sustituir el criterio integracionista que rigió las relaciones entre los pueblos indígenas y tribales mientras el Convenio 107 de 1957 estuvo vigente por uno consecuente con el enfoque de derechos humanos que se impuso en el escenario internacional”[96].

Debe recordarse igualmente los puntos más relevantes de la manera en que la jurisprudencia ha definido y amparado ese derecho.

“- El papel que cumple la consulta previa en la garantía del mandato constitucional de respeto de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La Corte ha reconocido que se trata de un derecho fundamental autónomo, que se concreta asegurando la participación de los pueblos originarios en las decisiones que puedan afectar su integridad cultural, social y económica.

- Que la consulta opera en eventos distintos a los que consagra la Constitución de manera taxativa, relacionados con la explotación de recursos naturales en territorios étnicos. La jurisprudencia ha previsto, en aplicación del Convenio 169 de la OIT, que la misma opera frente a cualquier medida legislativa y administrativa que afecte directamente a las minorías étnicas.

- Que el criterio de afectación directa que determina la obligatoriedad de la consulta hace referencia a un posible impacto sobre la autonomía, diversidad e idiosincrasia de la comunidad Indígena. La Corte ha calificado como eventos de afectación directa las medidas que resulten virtualmente nocivas o que generen una intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales de estos pueblos.

- Que el requisito de afectación directa también se cumple cuando la medida respectiva interviene sobre territorios indígenas.

- Que el Convenio 169 de la OIT insta a los gobiernos a “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, y en particular con los aspectos colectivos de esa relación[97]”. [98]

En la Sentencia C-389 de 2016[99] se fijaron unos lineamientos jurisprudenciales según los

cuales de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. “Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

Ahora bien, la pretensión en el presente asunto se concreta en la consulta previa para el Programa de Primera Infancia, encauzada específicamente en la escogencia del operador que lo desarrollará. Una mirada rápida a la jurisprudencia de esta Corte permite establecer la posición que al respecto ha asumido:

En la Sentencia T-466 de 2016[100] la Sala Tercera de Revisión determinó, respecto de la exigencia de la comunidad Wayúu de que los prestadores del servicio de salud sean de su misma comunidad, que lo más importante es “... la realización del interés superior del menor de edad, que se garantiza asegurando que el prestador del servicio sea el más capacitado y permita maximizar los recursos económicos disponibles para la atención. Esto no obsta para que los contratantes aseguren la compatibilidad más cercana posible de los servicios prestados con los usos y costumbres de la comunidad, sin que ello obligue a que

sean estas las encargadas directas del servicio. Se reitera que lo más importante en este escenario es que se asegure el cumplimiento eficiente las metas de los planes, programas, proyectos, y estrategias, lo que obliga a la selección del contratista más calificado para la provisión de los servicios, sin que sea un factor decisivo su origen étnico, por lo cual, las políticas que se implementen de forma inmediata deberán orientarse a que sea el ICBF o la autoridad del Estado competente, la que proceda a escoger el operador o prestador del servicio más calificado, de forma tal que se pueda realizar una verdadera vigilancia y control por parte de dichas autoridades en la ejecución contractual”. (Resaltado propio)

En la Sentencia T-475 de 2016[101], la misma Sala consideró que “es necesario probar que la acción presuntamente vulneradora esté efectivamente poniendo en peligro la preservación e identidad del pueblo o de la comunidad en cuestión. En esa medida señaló, “la consulta previa es obligatoria cuando (i) se adoptan medidas susceptibles de afectar pueblos indígenas y tribales (incluyendo las comunidades negras o afro descendientes) en su calidad de tales, y también, (ii) cuando se trata de una afectación específica y directa, no de cualquier tipo”.

En el caso allí estudiado, los accionantes alegaban, entre otros, que la falta de concertación y consulta en cuanto a la escogencia de los operadores de los programas de primera infancia del ICBF en las comunidades de “Polonuevo” y “Repelón”, afectaban las tradiciones, valores, cultura y autonomía de las comunidades por ellos representadas. La Sala recordó en primer término que “la afectación directa a la que hace referencia el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el criterio esencial para evidenciar la necesidad de una consulta previa[102]. En esa medida, es necesario probar que la acción presuntamente vulneradora esté efectivamente poniendo en peligro la preservación e identidad del pueblo o de la comunidad en cuestión”.

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. Por esa razón, no se ve acá cómo la selección del operador de dichos programas afecte de manera directa la identidad de la comunidad afro descendiente y, por ende, no se encuentra demostrado el elemento esencial que conllevaría a la necesidad de realizar una consulta previa para dicha contratación”.

Destacó igualmente que “el derecho a la concertación o consulta previa no incorpora el deber de contratar con un operador específico. Es importante destacar que si bien puede ser conveniente que sean las propias comunidades las que ofrezcan la prestación de los servicios, lo importante en la atención de las necesidades de los menores de edad (afro descendientes o no) es la realización del interés superior del menor, que se garantiza asegurando que el prestador del servicio sea el más capacitado y permita maximizar los recursos económicos disponibles para la atención. Esto no obsta para que los contratantes aseguren la compatibilidad más cercana posible de los servicios prestados con los usos y costumbres de las comunidades, sin que ello obligue a que sean estas las encargadas directas del servicio.

Finalmente, llamó la atención frente al hecho que “la concertación o la consulta previa no puede ser usada como un mecanismo para burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación, por tal razón si una comunidad o consejo comunitario desea presentarse como candidato a operador de los programas de primera infancia del ICBF, dicha comunidad o consejo debe cumplir estrictamente los requisitos que las leyes de contratación y los pliegos de condiciones impongan para el proceso, sin que sea un factor decisivo su origen étnico, por lo cual, el ICBF o la autoridad del Estado competente, debe ser quien proceda a escoger el operador o prestador del servicio más calificado, de forma tal que se pueda realizar una verdadera vigilancia y control por parte de dichas autoridades en la ejecución contractual”. (Resaltado propio)

En la Sentencia T-201 de 2017[103] 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 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 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.

Para la resolución del caso, la Sala consideró como uno de los criterios esenciales para evaluar la afectación directa, la incidencia de las labores estatales en los derechos de los pueblos concernidos, o en la construcción y auto percepción de su identidad étnica y cultural.

Señaló que “La alimentación, educación, especialmente de menores de edad, son por definición, elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano. 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. La relación entre la formación educativa, alimentaria, y otras, tienen una gran importancia no sólo en la construcción de una cultura diferenciada, sino también en el diálogo con la sociedad mayoritaria”. Resaltó que todo tipo de medidas que afecte directamente derechos étnicos, debe ser objeto del trámite consultivo. Mucho más si se trata de niños.

Advirtió que la inconformidad expresada por la comunidad no es con la totalidad del Programa de Primera Infancia, pero sí, con respecto a aquellas medidas diferenciadas que se están desarrollando en sus comunidades, para el caso, alimentación y educación. Por ello, señaló “Mal haría la Corte en ordenar la consulta de todo el plan, pues allí se involucran no solamente menores pertenecientes a comunidades étnicas, sino miembros de la sociedad mayoritaria”. Igualmente, al tratarse de una política pública de carácter general, indicó que “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”. (Resaltado propio)

En la Sentencia T-667 de 2017[104] 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”.

Precisó “que 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”. Recalcó que los procesos de consulta previa son espacios de diálogo intercultural entre iguales que pretenden reconocer las diferencias con ponderación, y sin la posibilidad de vetar los intereses de todos los actores en juego[105]. Así, “no se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias”.

En ese contexto, reiteró “que en los programas nacionales de primera infancia la consulta previa no puede traducirse en un mecanismo que imponga barreras a contratistas idóneos para el cumplimiento de los fines estatales ni que imponga uno afín a la comunidad accionante. Este proceder desconocería la naturaleza de la consulta previa, las competencias de las entidades estatales para contratar, la existencia y capacidad de otros contratistas y, sobre todo, que las actuaciones contractuales administrativas se deben desarrollar de manera transparente, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, establecidos en el artículo 209 Superior”.

En atención a lo expuesto, las particularidades del caso concreto obligan a reiterar la posición congruente y continua de la Corte Constitucional frente a los procesos de consulta previa y concertación de enfoque diferencial para Programas de Primera Infancia, cuestión que implica además de su socialización, la observancia de los parámetros para reconocer la diversidad étnica de los grupos que sean determinados y procurar la permeabilidad del enfoque diferencial basado en las características propias.

En efecto, la Corte Constitucional fijó como regla en la Sentencia T-201 de 2017 “que en los Programas de Primera Infancia que desarrolla el ICBF se debe consultar con las comunidades étnicas un plan de enfoque diferencial, pues en dicho espacio es donde los pueblos indígenas y tribales pueden expresar y opinar sobre las medidas que les van a afectar y definir cuáles son las opciones reales y definitivas para salvaguardar la cultura de los menores de edad pertenecientes al programa”.

Se insiste que la consulta previa (i) tiene relevancia constitucional por los altos intereses que pretende tutelar en aras de garantizar la pervivencia del pueblo minoritario[106]; (ii) no

se satisface con simples reuniones; (iii) es obligatoria cuando se adoptan medidas susceptibles de afectar pueblos indígenas y tribales en su calidad de tales, y también, (iv) cuando se trata de una afectación específica y directa, no de cualquier tipo.

Ahora bien, respecto de la inconformidad expuesta por los accionantes frente al operador “Un Mundo Sin Fronteras”, reitera la Sala, que el ICBF no está obligado a consultar el cambio de los operadores que desarrollan el programa “De Cero a Siempre” con la primera infancia y madres gestantes y lactantes beneficiarios de la política pública. Lo anterior, siguiendo el criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-475 de 2016, T-201 de 2017, T-667 de 2017, puestas como referente en el presente asunto, las cuales han hecho énfasis en que “la concertación o la consulta previa no puede ser usada como un mecanismo para burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación, por tal razón si una comunidad o consejo comunitario desea presentarse como candidato a operador de los programas de primera infancia del ICBF, dicha comunidad o consejo debe cumplir estrictamente los requisitos que las leyes de contratación y los pliegos de condiciones impongan para el proceso, sin que sea un factor decisivo su origen étnico, por lo cual, el ICBF o la autoridad del Estado competente, debe ser quien proceda a escoger el operador o prestador del servicio más calificado, de forma tal que se pueda realizar una verdadera vigilancia y control por parte de dichas autoridades en la ejecución contractual.”

En ese orden de ideas, la Sala encuentra probado que el ICBF (i) desconoció el derecho a la consulta previa del Resguardo Indígena Awá el Sande, ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez, al no haber consultado con dicha comunidad aquellas precisas medidas que inciden sobre su cultura y tradición; y (ii) NO está obligado a consultar el cambio de operador.

Finalmente, la Sala se referirá al derecho de petición que requiere el demandante, responda de fondo la Directora del ICBF Regional Nariño, pues en su parecer, la contestación no cumple los parámetros establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para ello, se tendrá que las afirmaciones realizadas por la parte accionante se encuentran amparadas por la presunción constitucional de la buena fe (art. 83, C.P.) y conforme con el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, el cual dispone que si la entidad demandada no

presenta descargos sobre los hechos que motivan la acción de tutela estos deberán tenerse como ciertos, salvo que hayan sido desvirtuados por aquella.

En este caso, la Sala evidencia que al actor se le vulneró el derecho de petición y, en particular el derecho a obtener una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente.

Como se advirtió en la parte motiva, la jurisprudencia ha indicado que una respuesta de fondo debe ser: “(ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”[107]. (Negrilla propia)

CONCLUSIÓN

Es importante advertir previamente, que en aras de salvaguardar el interés superior del menor, la Corte ha trazado “la hipótesis excepcional de flexibilizar el requisito de la consulta, siempre que se justifique por razones de gravedad, urgencia y extrema necesidad”[108]. Supuesto que en el presente caso, no se logra vislumbrar.

Se desprende de lo expuesto que ICBF (i) desconoció el derecho a la consulta previa del Resguardo Indígena Awá el Sande, ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez, al no haber consultado con dicha comunidad aquellas precisas medidas que inciden sobre su cultura y tradición; (ii) NO está obligado a consultar el cambio de operador; y (iii) vulneró el derecho de petición, en particular, el derecho a obtener una respuesta de fondo, clara, precisa y congruente.

En ese orden de ideas, la Corte tutelaré los derechos fundamentales de petición y consulta previa, invocados. Para ello, ordenaré al ICBF (i) inicie con la comunidad accionante, la consulta de aquellas medidas específicas, contenidas en el plan étnicamente diferenciado del Programa de Primera Infancia, que tengan la virtualidad de afectarlas directamente, de manera positiva o negativa, especialmente a los menores de edad, y (ii) conteste de

fondo, de manera clara, precisa y congruente, el requerimiento puntual de los demandantes.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego, Nariño, el siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018), que denegó la tutela promovida por el Gobernador del Resguardo Indígena Awá el Sande, ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos de petición y consulta previa invocados.

SEGUNDO.- ORDENAR al ICBF Regional Nariño, que inicie un proceso de consulta previa con un comité compuesto por representantes del Resguardo Indígena Awá el Sande, ubicado en territorio de los municipios de Ricaurte y Santacruz de Guachavez, mediante un procedimiento previamente consultado (preconsulta), en el que se establezca el plan étnicamente diferenciado que deberá utilizar la entidad para implementar y ejecutar las medidas contenidas en el Programa de Primera Infancia que tengan la virtualidad de afectarlas directamente, de manera positiva o negativa, especialmente a los menores de edad.

TERCERO.- ORDENAR al ICBF que en aquello que corresponda al ejercicio de sus funciones, conteste de fondo, de manera clara, precisa y congruente, el requerimiento puntual de los demandantes.

CUARTO.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo – Regional Nariño, brinde apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos protegidos. Para el anterior efecto, por Secretaría General de esta Corporación ofíciase a la entidad referenciada.

QUINTO.- SOLICITAR a la Procuraduría General de la Nación que, en ejercicio de sus funciones, vigile el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos protegidos. Para el anterior efecto, por Secretaría General de esta Corporación ofíciase a la entidad referenciada.

SEXTO.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones a las que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

[1] De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Cinco (5) de la Corte Constitucional, conformada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Alberto Rojas Ríos, escogió para efectos de su revisión la acción de tutela de la referencia. Auto del veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018), notificado el siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018).

[2] Según “acta de elección para gobernador en el Resguardo Indígena el Sande, periodo año 2018-vereda el Sande”, el día 16 de diciembre de 2017 se eligió como Gobernador al señor Gabriel Nastacuas Ordoñez para el periodo 2018 (folios 23 al 24).

[3] En adelante ICBF.

[4] No se aporta al expediente el escrito de petición, ni la respuesta emitida por el ICBF.

[5] En adelante, la Fundación.

[6] Folio 21 del cuaderno principal.

[7] Folios 34 al 39 del cuaderno principal.

[8] Integrada por: un delegado del Presidente de la República, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República o su delegado, los Ministros de Salud y Protección Social, Educación Nacional, Cultura o sus delegados, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sus delegados.

[9] “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia -AIPI- y la Comisión Especial de Seguimiento para la Atención Integral a la Primera Infancia”.

[10] “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”.

[11] Folios 40 al 53 del cuaderno principal.

[12] “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”.

[13] “Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior”.

[14] La expedición de este protocolo busca garantizar el goce efectivo de derechos de las comunidades étnicas y la implementación de la Consulta Previa como mecanismo para su protección y pervivencia, bajo los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas, mediante el acoplamiento de las autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas, así como la eficiente circulación

de la información relevante, la transparencia en los procesos y permitir el seguimiento al cumplimiento de los deberes de las entidades responsables.

[15] “Por la cual se dictan normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones”.

[16] Por el cual se reglamentan las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7ª. de 1979.

[17] Artículo 122º.- Simplificación de los contratos para la prestación del servicio de bienestar familiar. 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.

Nota: Esta norma introduce otra excepción a la regla general de la contratación estatal que consiste en que siempre la escogencia del contratista se efectuará a través de licitación o concurso públicos, salvo las excepciones legales en que se podrá contratar directamente. (Tomado de la publicación: “Un Año del Estatuto Antitrámites”. Editado por la Presidencia de la República).

[18] Guía para la realización de Consulta Previa.

[19] Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa.

[20] Se anexa a la contestación copia de los siguientes documentos expedidos por el Gobernador del Resguardo Indígena Awá el Sande, Gabriel Nastacuas Ordoñez: (i) certificación a nombre de la señora Nury Alexandra Burbano Córdoba, para que sea nombrada como Coordinadora del Programa del ICBF en la zona; (ii) aval a seis (6) docentes, una psicóloga, una auxiliar de enfermería y a cinco (5) indígenas para que laboren como auxiliar pedagógico, con la Fundación Un Mundo Sin Fronteras en programa de Desarrollo Infantil en Medio Familiar (DIMF) ‘Dejando Huellas’ dentro del Resguardo Indígena Awá El Sande municipios de Santacruz y Ricaurte (folios 68 al 81, cuaderno principal).

[22] Folio 113, cuaderno principal.

[23] Sentencia T-376 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[24] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[25] En la Sentencia T-376 de 2012, M.P. María Victoria Calle, se señaló: “Los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes constituyen además, concreción de diversos mandatos, principios y valores constitucionales, entre los que cabe destacar: la concepción de la democracia acogida por el Constituyente, a la vez participativa y pluralista, visión que reivindica la coexistencia de diversas formas de ver el mundo y propicia la activa intervención de todas las culturas para la construcción del Estado (artículos 1º y 2º, CP); el principio de igualdad que, de una parte, se concreta en el carácter general de la ley y la prohibición de discriminación; y, de otra, ordena la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); la diversidad étnica (artículo 7º CP) que prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación; el principio de igualdad de culturas (artículo 70 CP) que prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios, y diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

[26] Desde la sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes, la Corte Constitucional señaló que “el reconocimiento de sus derechos es imprescindible para garantizar la supervivencia de grupos humanos poseedores de una cultura diferente a la mayoritaria y que se encuentran en situación de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional, debido, entre otras razones, a (i) la existencia de patrones históricos de discriminación que les impiden el pleno ejercicio de sus derechos y su cultura; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios, su forma de ver el mundo, su organización social, sus modos de producción y su concepción sobre el desarrollo, originada en la explotación de los recursos naturales y la formulación de proyectos de desarrollo de diversa naturaleza en sus territorios ancestrales; (iii) el grave impacto que el conflicto armado ha generado en su modo de vida, reflejado en desplazamiento forzado y afectaciones de especial gravedad a sus territorios ancestrales, usados como corredores estratégicos o escenarios directos del conflicto; y (iv) la marginación económica, política, geográfica y social que, por regla general, enfrentan como grupos minoritarios”.

[27] Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-169/01, SU-383/03, C-620/03, T-737/05, T-880/06, C-208/07, C-030/08, C-461/08, entre otras.

[28] En esta decisión, se declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 “por la cual se expide la Ley General Forestal”, en razón a que se había omitido cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

[29] La Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”, en el entendido que “se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.”

[30] Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafúr Galvis.

[31] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[32] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[33] Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, ver la sentencia C-620 de 2003: “La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual ‘la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país’, el compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo, ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las medidas.”

[34] “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia

ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.”. Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[35] “Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U’wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible”. Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[36] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-461/08.

[37] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[38] Así se señaló en las Sentencias T-002 de 2017 y T-667 de 2017 (M.P. Alberto Rojas Ríos): “...resulta claro que el derecho fundamental a la consulta previa: (i) no se agota con la simple celebración de reuniones entre las partes tendientes a concertar un acuerdo que no produce efectos jurídicos y; (ii) no se satisface por la mera formalización o protocolización del mismo. Para la Sala, el ejercicio del derecho fundamental mencionado debe implicar el cumplimiento obligatorio de lo pactado...”.

En la sentencia T-201 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda, se explicó “Según la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no restringe a supuestos taxativos. Eso se explica porque lejos de crear inestabilidad o inseguridad respecto de la procedencia de la consulta, la obligación de concertación se debe analizar bajo las circunstancias particulares y concretas del caso estudiado”.

[39] Sentencia T-704 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[40] En la sentencia T-769 del 2009, M.P. Nilson Pinilla, la Corte suspendió las actividades que se estaban adelantando en desarrollo del contrato de concesión Mandé Norte para la

exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales en los departamentos de Antioquia y Chocó, con el objeto de que el proyecto se consultara con todas las comunidades étnicas interesadas. Señaló que “Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e Indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

En la sentencia T-129 del 2011 M.P. Jorge Iván Palacio, se protegió el derecho a la consulta previa de las comunidades de los Resguardos afectados por la construcción de una carretera en el municipio de Acandí, Chocó, y por las actividades de prospección y de exploración legal e ilegal que se estaban llevando a cabo en sus territorios. Señaló ese fallo que “Toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios Indígenas o étnicos deberá agotar no sólo el trámite de la consulta previa desde el inicio, sino que se orientará bajo el principio de participación y reconocimiento en un proceso de diálogo entre iguales que tendrá como fin el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas”.

En la sentencia T-693 del 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt, la Corte señaló que la consulta procede respecto de las decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses propios de dichas comunidades. E identificó algunas de las decisiones que, bajo ese rasero, debían consultarse, como: 1) Las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, lo cual incluye las licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; 2) Los presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional; 3) Las decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades; y 4) Las medidas legislativas.

[41] La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2005 hizo referencia a la relación del derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas con las afectaciones especiales de los derechos a la salud, a la alimentación y el acceso al agua limpia, y dijo que estas están interrelacionadas en la medida que impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna. Al respecto señaló que el acceso a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran, está directamente relacionado con la obtención de alimento y el acceso al agua limpia (Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, Párrafo 167).

[42] M.P. María Victoria Calle.

[43] Ver entre otras, las sentencias C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Cristina Pardo Schlesinger y Humberto Antonio Sierra Porto). Estos preceptos plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Reseñan, además, el planteamiento del Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas, en cuanto esboza que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.

[44] Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

[45] Ley 1098 de 2006, artículos 12 y 13.

[46] Ver entre otras, las Sentencias C-208 de 2007 y T-907 de 2011, en las que se indicó: “Como ha quedado esbozado, a los miembros de las comunidades indígenas les asisten no solo todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, sino que adicionalmente son adjudicatarios de derechos específicos con enfoque diferencial. Así, estas comunidades son titulares de derechos colectivos fundamentales cuyo reconocimiento y garantía es necesaria para su existencia y conservación como sujetos jurídicos con autonomía e identidad propia, dentro de los cuales adquiere una relevancia especial para su permanencia y desarrollo, el derecho a una educación especial, étnica y

cultural, que corresponda a su cultura y responda a sus específicas necesidades de conservación étnica y cultural”.

[47] Por la cual se expide la Ley General de Educación.

[48] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[49] Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 48. E/CN.4/2005/88.

[50] Sentencia T-379 de 2011.

[51] Ibidem.

[52] Ibidem.

[53] Ibídem, párrafo 45.

[54] Sentencia T-379 de 2011.

[55] Ibidem.

[56] Ibídem, párrafo 68.

[57] Sentencia T-379 de 2011.

[58] La sentencia T-466 de 2016 estudió un caso de consulta previa de indígenas Wayuu en la Guajira. En ese caso, esta Corporación sostuvo lo siguiente: “En caso de que dicha autoridad del Estado, determine que existe margen para proceder a realizar la concertación o consulta de las medidas que se adopten para atender la situación de emergencia que padecen los niños Wayúu, los mecanismos propuestos por las autoridades estatales deberán tener un concepto de parte de las comunidades dentro del mes siguiente a la formulación de planes, programas, proyectos, y estrategias, y en caso de no llegarse a un acuerdo en este lapso, las respectivas autoridades, en coordinación con el ICBF, adoptarán las medidas que consideren razonables y proporcionadas, respetando que en la medida de lo posible, dichos planes, programas y proyectos sean compatibles con los usos

costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas, teniendo siempre como objetivo fundamental, la realización del interés superior del menor de edad”.

[59] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[60] M.P. José Antonio Cepeda Amirís.

[61] Decreto 4875 de 2011, está compuesta por la Presidencia de la República, la Alta Consejería para Programas Especiales, el Departamento Nacional de Planeación, los ministerios de Salud y Protección Social, de Educación y de Cultura, el Departamento para la Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema, cuya misión es coordinar y armonizar las políticas, planes, programas, y acciones necesarias para la ejecución de la atención integral a la primera infancia, en su calidad de instancia de concertación entre los diferentes sectores involucrados.

[62] Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia. Fundamentos políticos, técnicos y de gestión (2013), (en prensa) elaborado por la Presidencia de la República, la Alta Consejería para Programas Especiales, el Departamento Nacional de Planeación, los ministerios de Salud y Protección Social, de Educación y de Cultura, el Departamento para la Prosperidad Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Agencia Nacional para la Superación de la Pobreza Extrema

[63] Ley 1804, artículo 4°, e) Ruta Integral de Atenciones (RIA). Es la herramienta que contribuye a ordenar la gestión de la atención integral en el territorio de manera articulada, consecuente con la situación de derechos de los niños y las niñas, con la oferta de servicios disponible y con características de las niñas y los niños en sus respectivos contextos. Como herramienta de gestión intersectorial convoca a todos los actores del Sistema Nacional de Bienestar Familiar con presencia, competencias y funciones en el territorio.

[64] Ley 1804, artículo 4°, a) Desarrollo integral. Entiéndase por desarrollo integral el proceso singular de transformaciones y cambios de tipo cualitativo y cuantitativo mediante el cual el sujeto dispone de sus características, capacidades, cualidades y potencialidades para estructurar progresivamente su identidad y su autonomía.

[65] Consultar los Fundamentos Políticos, técnicos y de gestión de la Estrategia de Cero a Siempre y el Decreto 936 de 2013 con el Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar.

[66] Artículos 21, numeral 9°, de la Ley 7ª de 1979, 2.4.3.2.9. del Decreto Reglamentario 2388 de 1979 y 19 del Decreto 1137 de 1999.

[67] 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.

57. 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”.

58. 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”.

[68] Tomado de: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Lineamiento Técnico para la Atención a la Primera Infancia

[69]

http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/MANUAL_CONTRATACION.pdf

[70] Ídem.

[71] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[72] “Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941).

[73] El Consejo de Estado ha dicho sobre esta característica del contrato : “En consecuencia, el contrato de aporte en su condición de contrato atípico se caracteriza porque tiene un sujeto activo calificado y cualificado por la ley, ya que se trata de un negocio jurídico que sólo puede ser suscrito por el ICBF, en el que la entidad pública entrega unos bienes (tangibles o intangibles) al contratista para que este último asuma, a cambio de una contraprestación, la ejecución de un servicio propio del sistema de bienestar social bajo su exclusiva responsabilidad y con personal técnico y especializado a su cargo.” (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941)

[74] Decreto 2388 de 1979: “Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9° de la Ley 7ª 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.”

[75] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio: “Los contratos de aportes establecen la obligación del ICBF de proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes necesarios para la

prestación total o parcial del servicio (Decreto 2388 / 79, art. 128), su naturaleza es la de contratos administrativos; de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y 40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan.”

[76] Este mandato busca garantizar la posibilidad efectiva y cierta que tienen las personas de presentar solicitudes respetuosas ante las autoridades y los particulares en los casos establecidos por la ley, sin que se puedan abstener de recibirlas y por lo tanto de tramitarlas. En la sentencia C-951 de 2014 se indicó que “los obligados a cumplir con este derecho tienen el deber de recibir toda clase de petición, puesto que esa posibilidad hace parte del núcleo esencial del derecho”.

[77] En las sentencias C-748 de 2011 y T-167 de 2013, esta Corte manifestó que: “el derecho de petición se considera también un derecho instrumental, puesto que es un vehículo que permite y facilita el ejercicio de muchos otros derechos, tanto fundamentales como sin esa connotación. Igualmente ha resaltado la Corte que esta garantía resulta esencial y determinante como mecanismo de participación ciudadana, dentro de una democracia que se autodefine como participativa”. En igual sentido, la sentencia C-951 de 2014 insistió en que “esta Corporación se ha pronunciado en incontables ocasiones sobre el derecho de petición. En esas oportunidades ha resaltado la importancia de esa garantía para las personas, toda vez que se convierte en un derecho instrumental que facilita la protección de otros derechos, como, por ejemplo, la participación política, el acceso a la información y la libertad de expresión” (negrillas en el texto).

[78] Sentencia T-430 de 2017

[79] Sentencia T-376 de 2017.

[80] Sentencias T-610 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa dirección, este Tribunal ha sostenido “que se debe dar resolución integral de la solicitud, de manera que se atienda lo pedido, sin que ello signifique que la solución tenga que ser positiva” (sentencia T-376 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo).

[81] Sentencia T-206 de 2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[82] Según “acta de elección para gobernador en el Resguardo Indígena el Sande, periodo año 2018-vereda el Sande”, el día 16 de diciembre de 2017 se eligió como Gobernador al señor Gabriel Nastacuas Ordoñez para el periodo 2018 (folios 23 al 24).

[83] Se anexa a la contestación copia de los siguientes documentos expedidos por el Gobernador del Resguardo Indígena Awá el Sande, Gabriel Nastacuas Ordoñez: (i) certificación a nombre de la señora Nury Alexandra Burbano Córdoba, para que sea nombrada como Coordinadora del Programa del ICBF en la zona; (ii) aval a seis (6) docentes, una psicóloga, una auxiliar de enfermería y a cinco (5) indígenas para que laboren como auxiliar pedagógico, con la Fundación Un Mundo Sin Fronteras en programa de Desarrollo Infantil en Medio Familiar (DIMF) ‘Dejando Huellas’ dentro del Resguardo Indígena Awá El Sande municipios de Santacruz y Ricaurte (folios 68 al 81, cuaderno principal).

[84] Posición expuesta en la Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes. Reiterada en las sentencias SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-769 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla), y T-379 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

[85] Sentencias T-154 de 2009, T-769 de 2009, ambas del M.P. Nilson Pinilla, reiterada en la sentencia T-379 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

[86] Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en las sentencias SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-769 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla), T-379 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

[87] Sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[88] En la Sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas, se señaló que: Los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales, por lo cual la Corte desde sus primeras sentencias, ha reconocido la competencia del juez de tutela para proteger sus derechos fundamentales e impartir las órdenes que aseguren que estas sean informadas oportunamente sobre los proyectos que impacten sobre sus territorios o sus formas de vida

y para que cuenten con la oportunidad de evaluar y de incidir en la reformulación de la decisión de que se trate.

[89] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[90] Ver entre otras las sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-425 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, en la cual se señaló que “De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un procedimiento preferente y sumario que tiene toda persona para solicitar de manera directa o por quien actué a su nombre la protección de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, la acción de amparo debe dirigirse contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental”.

[91] “Por la cual se otorga/reconoce personería jurídica a una institución del Sistema Nacional de Bienestar Familiar”.

[92] Al respecto consultar, entre otras, las Sentencias SU-039 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU- 383 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-880 de 2006 M.P. Alvaro Tafur Galvis, T-547 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, T-376 de 2012 MP. María Victoria Calle Correa.

[93] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[94] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[95] Ver entre otras, las sentencias T-1043 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; T-533 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas, T-1028 de 2010 y T-195 de 2016.

[96] Sentencia T-576 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas.

[97] Artículo 13, Convenio 169 de la OIT.

[98] Sentencia T-698 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas.

[99] M.P. María Victoria Calle Correa

[100] M.P. Alejandro Linares Cantillo

[101] Ídem.

[102] Cfr. Sentencia C-030 de 2008.

[103] M.P. José Antonio Cepeda Amarís

[104] M.P. Alberto Rojas Ríos

[105] Sentencia C-068/13: "...No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco las comunidades tradicionales tienen un poder de veto".

[106] Sentencia T-667 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas.

[107] Sentencia T-610 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, reiterada entre otras, en la Sentencia T-376 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[108] Posición reiterada en las sentencias T-475 de 2016, T-201 de 2017, puestas como referente en el presente asunto.