

Sentencia T-475/16

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Caso en que no se realizó consulta previa a comunidades negras y afrodescendientes para la selección de los operadores de los programas de primera infancia del ICBF

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ EN ACCION DE TUTELA-Inaplicación cuando violación de derechos persiste en el tiempo

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

DERECHO A LA PARTICIPACION, CONCERTACION Y CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

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

El derecho a la consulta previa se materializa a través de un trámite consultivo que, debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos, y debe cumplir con ciertos criterios mínimos. En principio, no realizarlo de forma previa implica que, por un lado, se viole un derecho fundamental y, por el otro, se vicien los actos expedidos con ocasión de esos procesos.

TITULARES DEL DERECHO A LA PARTICIPACION, CONCERTACION Y CONSULTA PREVIA-Elemento objetivo y subjetivo

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos

DERECHO A LA VIDA, A LA SUPERVIVENCIA Y AL DESARROLLO DE LOS NIÑOS

DERECHO A LA ALIMENTACION-Fundamental

DERECHO A LA PARTICIPACION, CONCERTACION Y CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES NEGRAS Y AFROCOLOMBIANAS-Limitaciones admisibles en aras del interés superior del niño

El derecho fundamental a la consulta previa puede ser limitado cuando las autoridades del Estado tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños, y la intensidad de dicha limitación puede ser mayor dependiendo del grado de afectación de los niños y de la urgencia en su atención y protección. La consulta previa podrá ser limitada cuando se presenten situaciones que planteen una amenaza real e inminente de vulneración de los derechos de los niños, para que de esta forma puedan las autoridades del Estado actuar de manera inmediata para la protección de dichos derechos, incluso sin la concertación con las comunidades, bien sea porque ésta se intentó y no pudo concretarse o bien porque la situación de apremio lo impide.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES FRENTE A LA PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Orden al ICBF lograr la concertación entre las comunidades afrodescendientes, el ICBF y los operadores de los programas de primera infancia

La concertación no puede ser usada como excusa para suspender o terminar los programas de primera infancia a los niños y niñas de las comunidades de las comunidades afrodescendientes que se encuentran actualmente en curso, máxime cuando allí se encuentran niños que no hacen parte de comunidades étnicas accionantes, así como en modo alguno podrá usarse para determinar un operador específico. Los procesos de concertación y consulta de las comunidades accionantes, se realizarán respecto de contratos que se celebren a futuro en el marco de los programas de primera infancia del ICBF que afecten directamente a dichas comunidades en lo que respecta al enfoque diferencial de dichos programas, y los mismos deberán adelantarse de la manera más ágil posible, sin llegar a superar un mes luego de la formulación de la propuesta por parte de la entidad.

Referencia: Expedientes Acumulados T-5.505.506 y T- 5.513.714

Acciones de tutela: (i) T-5.505.506 instaurada por María Teresa Cataño, Argemiro Cabarcas y Nellys Córdoba Escorcia como representantes de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico) contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- Bogotá y Regional Atlántico; y (ii) T-5.513.714 instaurada por José Tomás Márquez Fragoso, obrando en calidad de Delegado Nacional de las comunidades Negras y Afrocolombianas por el departamento del Cesar contra el Ministerio de Educación Nacional, el municipio de Valledupar, el municipio de la Jagua de Ibirico y el municipio de Chiriguaná.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA ACUMULADA

1. María Teresa Cataño Ruiz, en su calidad de representante del Consejo Comunitario Afro de Polonuevo y Argemiro Cabarcas, así como del Consejo Comunitario Afro de Repelón interpone acción de tutela en nombre de sus representadas, con el fin de que les sean garantizados los derechos que les asisten a las comunidades afrodescendientes de dichos municipios a la consulta previa, la concertación, la autonomía, la participación y libre desarrollo, a la identidad cultural y a una educación pertinente. De acuerdo con la representante de dichas comunidades, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante, “ICBF”), pretermitió el deber de realizar una concertación con las comunidades, a la hora de escoger los operadores de los programas de primera infancia que benefician a los niños de las comunidades afro en los municipios de Repelón y Polonuevo, lo cual, señala

afecta la preservación de las tradiciones culturales, así como la protección y transmisión a las futuras generaciones de la cosmovisión de dichas comunidades[1].

2. José Tomás Márquez Fragoso, en su calidad de Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Cesar, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, el Municipio de Valledupar, el Municipio de La Jagua Ibirico y el Municipio de Chiriguaná, por la violación de los derechos fundamentales de las comunidades negras y afro descendientes por él representadas a la consulta previa, autonomía, participación y libre desarrollo, identidad cultural y a una alimentación pertinente y acorde con sus costumbres y tradiciones afro.

El accionante, actuando en la calidad antes referida, solicita que se ordene a las autoridades convocadas a “reali[zar] la CONCERTACIÓN Y CONSULTA con [sus] consejos comunitarios para que escojan un operador para el PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR, o, [que éste] sea operador por [sus] Consejos afro”. Así mismo, solicita que como medida cautelar se ordene a abstenerse de celebrar cualquier contratación para la operación del Programa de Alimentación Escolar (en adelante, “PAE”) en los territorios colectivos afro de los municipios de Valledupar, la Jagua de Ibirico y Chiriguaná, hasta tanto no se lleve a cabo la concertación con los consejos para la escogencia del operador de dichos programas. Así mismo, solicita elevar consulta al Ministerio del Interior sobre el presente proceso y a la Procuraduría General de la Nación Delegada para Asuntos Étnicos. Por último, requiere vincular a la Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas con el fin de que certifique los territorios afro víctimas en el Departamento del Cesar.

B. HECHOS RELEVANTES EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.505.506

3. Manifiestan los accionantes que el ICBF no convocó a las comunidades de Repelón y Polonuevo a la escogencia de los operadores de los programas de primera infancia (modalidad institucional, familiar, hogares tradicionales y FAMI), desconociendo que ellos deben ser quienes escojan al operador[2].

4. Alegan los accionantes que los operadores de los programas del ICBF “no conocen nuestra cultura, el talento humano [...] de esta manera el ICBF nivel nacional y regional están afectando nuestra cultura afro y maxime (sic) cuando estos programas se vienen realizando en nuestros niños en educacion (sic) inicial de cero a cinco años, que es la edad

cuando más debemos reforzar y salvaguardar nuestra cultura afro”[3].

5. Señalan, finalmente, que los requisitos financieros para la prestación del servicio, fijados por la dirección nacional del ICBF resultan imposibles de cumplir, lo que en su criterio, viola el derecho de autonomía de las comunidades étnicas[4].

6. En tal sentido, solicitan entonces los accionantes realizar “la concertación y consulta con nuestros consejos comunitarios para que escojamos un operador de los programas de primera infancia del ICBF” así como “se ordene al ICBF nacional, Dirección de Primera Infancia respetar el derecho de autonomía que tienen los consejos comunitarios para escoger el operador que atenderá a sus niños, madres lactantes y gestantes, en los programas de primera infancia”[5].

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.505.506

7. Renny David Martínez, Coordinador Jurídico del ICBF Seccional Atlántico, señaló que el ICBF, en razón a una petición elevada por los representantes de los consejos afro de Repelón y Polonuevo, invitó a dichas comunidades a acercarse a las dependencias del instituto con el fin de realizar los procesos de concertación. Agrega además, que el ICBF sí cumple con el enfoque diferencial, en aquellos beneficiarios que se auto-identifiquen como miembros de comunidades étnicas, pero que someter al proceso de consulta previa la totalidad de sus programas “conllevaría una afectación directa a la inmediatez con la cual se requiere prestar el servicio”[6]. Añade el Instituto, que no existe obligación alguna para contratar directamente la operación de los programas directamente con las comunidades, y que en todo caso, si estas desean presentar ofertas para hacerlo, deben cumplir con todos los requisitos que la ley impone. Finalmente pone de presente que en este caso, la acción de tutela debe declararse improcedente, en la medida en que no existe un perjuicio irremediable, y que contrario sensu de supeditarse la puesta en marcha de los programas del ICBF a la realización de una consulta previa, podría llegar a vulnerar los derechos prevalentes de los niños.

D. RESPUESTA DEL TERCERO INTERVINIENTE EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.505.506

8. Tatiana Londoño en su calidad de Procuradora Delegada en materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, señala que en el caso de los municipios de Polonuevo y Repelón han debido llevarse a cabo las concertaciones con las comunidades afro con el fin de garantizar su participación en la definición de los programas del ICBF, en cumplimiento de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, puesto que en dichos programas se vinculan niños y niñas que por su pertenencia a comunidades étnicas deben ser tratados con enfoque diferencial[7].

9. José Rogelio Cano Caballero, en su condición de coordinador del Grupo de Gestión en Participación y Soporte Normativo de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, señala que el Ministerio del Interior no puede ser vinculado en el proceso en la medida en que es otra entidad la encargada de prestar los servicios de programas de primera infancia, y por lo tanto no puede imputársele al Ministerio del Interior conducta alguna como vulneradora de los derechos fundamentales[8].

E. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.505.506

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla

10. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Segunda de Decisión Civil Familia, en la sentencia proferida el 17 de marzo de 2016, tuteló los derechos de las comunidades de Polonuevo y Repelón, y ordenó al ICBF adelantar los trámites tendientes a lograr la concertación entre las comunidades afrodescendientes, el ICBF y los operadores de los programas de primera infancia. De acuerdo con el Tribunal, en desarrollo de tales programas puede realizarse una afectación a las comunidades afro, puesto que los destinatarios de tales programas se encuentran en la edad en que más deben reforzar y salvaguardar su cultura y sus tradiciones.

F. HECHOS RELEVANTES EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.513.714

11. El accionante manifiesta que por disposición de la Ley 1450 de 2011 el ICBF trasladó el PAE al Ministerio de Educación Nacional, para lo cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1852 de 2015, reglamentado por la Resolución 16432 de octubre del mismo año,

en la cual se establecieron los lineamientos y forma operativa del programa[9].

12. Manifiesta el accionante que, a pesar de que el Decreto 1852 de 2015 estableció respecto del PAE que era necesaria la “concertación” con grupos étnicos, y la Resolución 16432 del mismo año estipuló la “obligatoriedad” de ello, el Ministerio de Educación Nacional y los municipios de Valledupar, La Jagua de Ibirico y Chiriguaná “no ha[n] realizado con [sus] comunidades afrocolombianas víctimas de la violencia” las consultas necesarias para concertar la operación del aludido programa[10].

13. Resalta, además, que los consejos comunitarios afrodescendientes de los municipios de Valledupar, La Jagua de Ibirico y Chiriguaná se encuentran registrados como territorios de comunidades negras víctimas del conflicto armado, por lo que tienen prioridad a la hora de la concertación y atención de sus niños, los cuales deben ser atendidos en su totalidad con independencia del grado escolar en el que estén matriculados[11].

14. Argumenta que a pesar de que las comunidades que él representa tienen su propia autonomía, cultura, tradiciones y valores, las referidas autoridades accionadas otorgan la dirección de los proyectos sobre la materia a instituciones que son “externas a [sus] comunidades” y desconocen sus “tradiciones de cocina, de alimentos, de su preparación, de en qué época se come determinado alimento de acuerdo a [su] cosmovisión” y “no desarrollan un enfoque diferencial afrodescendiente”, dejando de lado entonces, “lo establecido en el convenio 169 de la OIT, la ley 70 de 1993 (...) [y] el decreto 804 de 1995”, circunstancia que vulnera los derechos fundamentales invocados[12].

G. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.513.714

15. La asesora de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, precisó que “se encuentra construyendo un lineamiento técnico-administrativo con enfoque diferencial de aplicación en la operación del programa en comunidades étnicas, proceso que no puede interrumpir la prestación del servicio de alimentación escolar (...), razón por la cual la operación durante la vigencia 2016 se realizará de conformidad con el modelo señalado en el Decreto 1852 de 2015, en tanto se avanza en las acciones tendientes a la construcción de tal lineamiento”. Además, señaló que tampoco es factible, como lo pretende la accionante, la concertación previa del operador, pues las entidades territoriales,

a cargo de la operación del PAE, además de cumplir con las normas de contratación pública, están en la obligación de “garantizar que el operador del programa cumpla con las condiciones de idoneidad técnicas, financieras y administrativas, que conlleven la prestación adecuada del servicio”. Así las cosas, resalta que el enfoque diferencial para las comunidades étnicas que reclama el accionante se encuentra “garantizado tanto por el régimen jurídico aplicable a la contratación del estado, como por las normas que establecen los lineamientos técnicos y administrativos” para la ejecución del PAE, lo que lleva a concluir que la medida solicitada por el tutelante “no sólo es contraria al ordenamiento jurídico, y a los principios constitucionales, sino que igualmente desconoce la existencia de una etapa de concertación con el operador, una vez contratado por la entidad territorial, en la cual éste y la comunidad beneficiaria acuerdan las condiciones básicas con enfoque diferencial para la prestación del servicio”[13].

16. Por su parte, la Alcaldesa del Municipio de La Jagua de Ibirico refirió que no era posible dar una respuesta de fondo por cuanto el accionante no deja ver cuáles son las acciones no realizadas por dicho ente territorial. Además, aduce que “se encuentra trabajando en mesas encaminadas a establecer un Plan de Desarrollo que va encaminado (sic) a fortalecer aún más el programa de alimentación escolar sin excluir ningún grupo significativo”, sin que haya recibido por parte del Ministerio de Educación Nacional “requerimiento (...) donde se debe iniciar el proceso de concertación y consulta, con los consejos comunitarios [o] la comunidad afrocolombiana”[14].

17. Por otra parte, el apoderado judicial de la Alcaldía del Municipio de Chiriguaná adujo que el interesado “tiene otros mecanismos que puede utilizar para amparar los derechos de cada uno de los miembros de su comunidad afro descendiente, como Acciones de Cumplimiento o Acción Popular, porque en efecto, lo que éste propone es el incumplimiento de unas normas, por parte del Municipio”[15].

18. Por último, el Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Valledupar, tardíamente, indicó que para la implementación del PAE en el año 2016, había sido suscrito un acuerdo de asociación con la Fundación Acción Social Integral – ACSI. Por ello, solicitó que se declarara que esa entidad territorial no ha desconocido los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la parte accionante[16].

H. RESPUESTA DEL TERCERO INTERVINIENTE EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.513.714

19. La Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, luego de señalar que el interesado ha hecho parte del proceso de consulta previa “para la definición de las pautas de integración del Espacio Nacional de Consulta Previa de medidas legislativas y administrativas de largo alcance” en cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia T-576 de 2014, alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva, pues “no existe nexo de causalidad entre la presunta vulneración de los derechos invocados por la parte actora y la acción u omisión [de su] parte”[17].

I. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN EN RELACIÓN CON EL EXPEDIENTE T-5.513.714

Primera instancia: Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia – Laboral, el 5 de febrero de 2016

20. Presentada la acción de tutela en debida forma, mediante auto de fecha 26 de enero de 2016, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar resolvió (i) oficiar al Ministerio del Interior para que certifique si el accionante tiene la calidad de Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Cesar; (ii) avocar conocimiento del trámite; (iii) correr traslado a los accionados; (iv) denegar la medida provisional solicitada; y (v) formular requerimiento a la Unidad para la Atención y Reparación de Víctimas para que certifique “los territorios afro víctimas en el Departamento del Cesar”[18].

21. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia – Laboral, en sentencia del 5 de febrero de 2016, desestimó la protección invocada, con fundamento en que no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos fundamentales de la Comunidades Negras y Afrocolombianas del Departamento del Cesar, resaltando que “es razonable que esta clase de asuntos no requieran ser sujetos a consulta previa toda vez que el proceso debe adelantarse bajo los parámetros establecidos en la legislación, sin que tales requisitos puedan ser obviados para escoger en forma arbitraria un operador que se ajuste únicamente a los requerimientos en este caso de las comunidades afrodescendiente”. Sin embargo, resaltó que:

“si bien no es procedente adelantar consulta previa, no lo es menos que el MINISTERIO DE EDUCACIÓN ha previsto dentro de los lineamientos del Programa de Alimentación Escolar, mecanismos que permiten garantizar la preservación de las costumbres e identidad cultural de los miembros de los grupos étnicos que sean beneficiarios de los mismos, por lo que corresponderá a los consejos comunitarios, una vez tengan noticia del proceso de contratación, proceder a llevar a cabo los acuerdos que sean necesarios para tales efectos y no acudir a este mecanismo excepcional y los operadores que fueron contratados y mucho menos si con ello se causó una trasgresión de los derechos a la identidad cultural de dichas comunidades afrodescendientes”[19].

Impugnación

22. El accionante impugnó el fallo de primera instancia argumentando que con esa decisión: (i) se desconoció el carácter obligatorio de la concertación y consulta a sus comunidades afro como grupos étnicos; (ii) se seguirá afectando su cultura, autonomía y tradiciones culinarias, al no aplicar una minuta diferencial afro para los niños de su comunidad; y (iii) se desconoció el carácter especial que tienen como población afrodescendiente víctima de la violencia, de acuerdo a lo establecido en la sentencia T-025 de 2004 y el Auto 178 de 2009 de esta Corporación[20].

Segunda instancia: Sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el 8 de abril de 2016[21]

23. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de abril de 2016, decidió confirmar la sentencia objeto de impugnación. Al respecto, consideró la Sala de Casación Civil que no se había cumplido con el requisito de subsidiariedad, toda vez que no se evidenció prueba de que el accionante haya comunicado las inconformidades argüidas al Ministerio de Educación Nacional y a las Alcaldías Municipales de La Jagua de Ibirico y Chiriguaná, con el fin de pedirles lo solicitado por medio de la acción de tutela. Así mismo, en lo que respecta a la Alcaldía de Valledupar, resaltó que no se advierte en su actuación una vulneración de ninguna garantía superior, por lo que no existe objeto para invocar la protección constitucional respecto de dicha entidad. Por último, en cuanto a la posibilidad de conceder el amparo transitoriamente, anotó que el accionante no acreditó la configuración de un perjuicio irremediable, por lo que no era posible tomar una

determinación en este sentido.

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

24. Mediante auto del trece (13) de mayo de dos mil dieciséis (2016) la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, dispuso en su numeral noveno “ACUMULAR los expedientes T-5505506 y T-5513714, seleccionados y repartidos al Magistrado Alejandro Linares Cantillo, al expediente T-5317898, seleccionado por la Sala de Selección Número Uno del 25 de enero de 2016, por presentar unidad de materia, para que sean fallados en una sola sentencia, si así lo considera la correspondiente Sala de Revisión”.

25. Posteriormente, mediante auto de fecha dieciocho (18) de julio de 2016, la Sala Tercera de Revisión ordenó “PRIMERO-. DESACUMULAR los expedientes T-5.505.506 y T-5.513.714 del expediente T-5.317.898. SEGUNDO-. ACUMULAR los expedientes T-5.505.506 y T-5.513.714, para que los mismos sean fallados de forma conjunta”.

26. Mediante auto de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), el Magistrado sustanciador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión, con el fin de allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes para éste. En consecuencia, en dicho Auto el Magistrado sustanciador resolvió lo siguiente:

En relación con el expediente T-5.505.506:

PRIMERO-. Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico), para que informen a este despacho en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto:

1. ¿Cuáles son los elementos que definen la cultura, costumbres, tradición y cosmovisión de las comunidades Negras y Afrocolombianas, incluyendo pero sin limitarse a, una descripción de las tradiciones de cocina y alimentación de las comunidades ubicadas en dichos municipios. Así mismo, cómo se perjudican dichas costumbres y tradiciones con los programas implementados por el ICBF?

2. ¿Cuáles son los alimentos que consumen estas comunidades de acuerdo con su tradición, preparación, época y cosmovisión?

3. ¿Cuáles son los mecanismos de coordinación que tienen las Comunidades Negras y Afrocolombianas (haciendo referencia a las instituciones o representantes de la comunidad) en mención con las autoridades locales o nacionales, para lograr la efectividad de la integración de sus propias costumbres o tradiciones, con los programas ofrecidos por el ICBF?

4. Las dificultades, si es que se presentan, para el éxito de la implementación de los programas planes y actividades del ICBF, con los niños pertenecientes a las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico).

5. El censo de niños pertenecientes a las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico), beneficiarios de los programas de primera infancia (hogares comunitarios, hogares FAMI, modalidad institucional y modalidad familiar).

SEGUNDO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al ICBF, para que directamente o a través de su apoderado, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, certifique e informe a este despacho directamente o a través de sus dependencias competentes:

2. La situación de los programas de primera infancia (hogares comunitarios, hogares FAMI, modalidad institucional y modalidad familiar) y de cualquier otro programa que desarrolle con niños en las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico). Se solicita que se alleguen cifras, y se detallen acciones, planes y programas ejecutados y en curso.

3. La descripción de las acciones que se ha tomado para garantizar el enfoque diferencial en la implementación de los programas de apoyo a la primera infancia con niños en las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico).

4. Las dificultades, si es que se presentan, para el éxito de la implementación de los programas planes y actividades del ICBF, con los niños pertenecientes a las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico).

5. Informe sobre los procedimientos de concertación que ha adelantado en los últimos cinco (5) años con las comunidades negras y afrodescendientes tratándose de programas que involucren niños pertenecientes a los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico).

TERCERO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto informe o certifique a este despacho sobre:

1. ¿Cuáles son las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico), y cuáles son las autoridades especificando el régimen jurídico aplicable y las competencias / funcionamiento de las mismas?

2. ¿Cuáles son los elementos que definen la cultura, costumbres, tradición y cosmovisión de las comunidades Negras y Afrocolombianas, incluyendo pero sin limitarse a, una descripción de las tradiciones de cocina y alimentación de las comunidades ubicadas en dichos municipios? En caso de no conocerlas, indicar qué autoridades o entidades tienen la competencia para ilustrar sobre las costumbres y tradiciones de dichas comunidades.

3. Los mecanismos de coordinación entre las autoridades regionales y nacionales, y la comunidad afrodescendiente de los municipios de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico), en cuanto a los programas ofrecidos por el ICBF a los niños pertenecientes a las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía (Atlántico).

En relación con el expediente T-5.513.714:

CUARTO-. Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE al accionante, para que en el

término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, certifique e informe a este despacho:

1. ¿Cuáles son los elementos que definen la cultura, costumbres, tradición y cosmovisión de las comunidades Negras y Afrocolombianas ubicadas en el Departamento del César, incluyendo pero sin limitarse a, una descripción de las tradiciones de cocina y alimentación de las comunidades ubicadas en dichos municipios. Así mismo, cómo se perjudican dichas costumbres y tradiciones con la ausencia de una consulta previa?
2. ¿Cuáles son los alimentos que consumen estas comunidades de acuerdo con su tradición, preparación, época y cosmovisión?
3. ¿Cuáles son los mecanismos de coordinación que tienen las Comunidades Negras y Afrocolombianas del Departamento del César (haciendo referencia a las instituciones o representantes de la comunidad) con las autoridades locales o nacionales, para lograr la efectividad de la integración de sus propias costumbres o tradiciones, con los programas de alimentación escolar ofrecidos a los niños de dichas comunidades.
4. Las dificultades, si es que se presentan, para el éxito de la implementación de los programas planes y actividades ofrecidos, con los niños pertenecientes a las comunidades Negras y Afro descendientes del Departamento del César.
6. Confirmar cuáles son las capacidades técnicas y operativas de los Consejos afro, para la operación del programa de alimentación escolar.

QUINTO-. Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE al Ministerio de Educación Nacional, para que directamente o a través de su apoderado, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe o certifique a este despacho directamente o a través de sus dependencias competentes, sobre:

1. La situación de los programas de alimentación escolar en los municipios de Valledupar, la Jagua de Ibirico y Chiriguaná, del Departamento del César. Se solicita que se alleguen cifras, y se detallen acciones, planes y programas ejecutados y en curso.
2. Los mecanismos de coordinación con las autoridades afrodescendientes y las entidades territoriales involucradas en la materia, para lograr la efectividad de los programas de

alimentación escolar en los municipios antes mencionados, detallando las acciones que se han tomado para garantizar un enfoque diferencial.

3. Las dificultades, si es que se presentan, para el éxito de los programas de alimentación escolar en el Departamento del César.

4. La descripción del “lineamiento técnico-administrativo con enfoque diferencial de aplicación en la operación del programa en comunidades étnicas” que se encuentran construyendo, de acuerdo con lo expresado en la contestación de la demanda[22].

5. La descripción de las acciones que se han tomado para garantizar el enfoque diferencial para la prestación del servicio de alimentación escolar en los municipios de Valledupar, la Jagua de Ibirico y Chiriguaná, incluyendo pero sin limitarse a una descripción de los contratos celebrados para la prestación de dicho servicio.

SEXTO-. Por Secretaría General de esta Corte, SOLICÍTESE a los municipios de Valledupar, de la Jagua de Ibirico, de Chiriguaná, para que directamente o a través de su apoderado, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, informe o certifique a este despacho directamente o a través de sus dependencias competentes, sobre:

1. Los montos por concepto de transferencias de la Nación que han recibido, en los años 2015 y 2016, especificando el valor de las participaciones con destinación específica para la alimentación escolar, e indique los proyectos, planes y programas adelantados para la alimentación escolar de la comunidad afrodescendiente en el municipio.

2. Los montos de los recursos locales que el municipio, en los años 2015 y 2016, ha destinado a programas de alimentación escolar.

3. La descripción de las acciones que se han tomado para garantizar el enfoque diferencial para la prestación del servicio de alimentación escolar en cada uno de los respectivos municipios, incluyendo una descripción de los mecanismos de coordinación que tiene el municipio con las autoridades de las comunidades Negro y Afrodescendientes para lograr la efectividad de los programas de alimentación escolar con niños pertenecientes a dichas comunidades.

4. ¿Cuáles son las dificultades, si es que se presentan, para el éxito en la implementación del programa de alimentación escolar en los municipios mencionados?

5. La descripción del “convenio de asociación No. 001 cuyo objeto es ANUAR ESFUERZOS TÉCNICOS Y ECONÓMICOS PARA EL DESARROLLO DE LA ACCIÓN PARA LA “IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR - PAE - COM DESTINO A LOS ESTUDIANTES DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR PARA LA VIGENCIA 2016” suscrito con la Fundación Acción Social Integral (ACSI)[23].

SÉPTIMO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto informe o certifique a este despacho sobre:

1. ¿Cuáles son las comunidades Negras y Afro descendientes de los municipios de Valledupar, de la Jagua de Ibirico, de Chiriguaná del departamento de César, y cuáles son las autoridades especificando el régimen jurídico aplicable y las competencias / funcionamiento de las mismas?

2. ¿Cuáles son los elementos que definen la cultura, costumbres, tradición y cosmovisión de las comunidades afrodescendientes ubicadas en los municipios Valledupar, de la Jagua de Ibirico, de Chiriguaná del Departamento del César, especialmente en lo que tiene que ver con los niños y su alimentación escolar? En caso de no conocerlas, indicar qué autoridades o entidades tienen la competencia para ilustrar sobre las costumbres y tradiciones de dichas comunidades..

3. Los programas de asistencia técnica y social de apoyo a las comunidades afrodescendientes de los municipios de Valledupar, La Jagua de Ibirico y Chiriguaná que se han desarrollado en cuanto a la alimentación escolar.

4. Los mecanismos de coordinación entre las autoridades regionales, nacionales, y la comunidad afrodescendiente de los municipios de Valledupar, La Jagua de Ibirico y Chiriguaná, en cuanto a los programas de alimentación escolar.

En relación con los expedientes T-5.505.506 y T-5.513.714:

OCTAVO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto informe o certifique a este despacho sobre:

1. El contenido de las costumbres de las comunidades Negras y Afro Descendientes indicadas en los expedientes mencionados.

NOVENO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE a la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto certifique a esta Sala los grupos y territorios afrodescendientes víctimas en el Departamento del César.

DÉCIMO-. Por Secretaría General de esta Corte, INVÍTESE a la Procuraduría General de la Nación Delegada para Asuntos Étnicos, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, conceptúen sobre el presente caso, para lo que se solicita hacer énfasis en la situación de alimentación escolar de las comunidades afrodescendientes del Departamento del César.

DÉCIMO PRIMERO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Nacional de Planeación y a la Contraloría General de la República, para que directamente o a través de apoderado, conceptúen sobre el presente caso, en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto.

DÉCIMO SEGUNDO-. Por Secretaría General de esta Corte, INVÍTESE a la Defensoría del Pueblo, las facultades de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia, de la Universidad del Cauca, de la Universidad de Nariño y de la Universidad de Antioquia; de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes y de la Pontificia Universidad Javeriana; y a la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario, para que en el término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, conceptúen sobre (i) los usos y costumbres de las comunidades Negras y Afro Descendientes, accionantes en los expedientes que motivan el presente auto, y (ii) conceptúen sobre cualquier otro aspecto de

relevancia en el presente caso, con especial énfasis en los programas de alimentación escolar y atención a la primera infancia que se indican en este auto.

DÉCIMO TERCERO-. En cumplimiento del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, PONER a disposición de las partes o de los terceros con interés, todas las pruebas recibidas, para que se pronuncien sobre las mismas en un término no mayor a tres (3) días calendario a partir de su recepción.

27. La Secretaria General de la Corte Constitucional, informó y remitió al Magistrado sustanciador las respuestas a las pruebas solicitadas en el auto de fecha 26 de julio de 2016, mediante oficios OPTB-794/16 a OPTB-817/16. En las respuestas allegadas por las entidades oficiadas, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Con relación al expediente T-5.505.506:

28. Por parte de los accionantes, se recibió comunicación escrita de la señora María Teresa Cataño y el señor Argemiro Cabarcas, quienes dieron respuesta a la prueba solicitada mediante oficio OPTB-797/16. Por una parte, relacionaron los diferentes elementos materiales e inmateriales que definen la costumbre, cultura, tradición y cosmovisión afro, resaltando un listado de los alimentos que consumen las comunidades afrodescendientes en el país. Por lo demás, señalaron que el ICBF ha incumplido incluso con su propio manual de contratación, puesto que no ha adelantado la concertación debida con las comunidades afro, para desarrollar, con enfoque diferencial los programas de primera infancia en los municipios de Polonuevo y Repelón.

29. Por parte del ICBF, Luz Karime Fernández Castillo, en su calidad de Jefe del Área Jurídica de dicha entidad, allegó escrito en el cual describe cada uno de los programas de primera infancia que se prestan en los municipios de Polonuevo y Repelón. Así dio cuenta que estos programas buscan fortalecer el cuidado y la crianza de los niños, la garantía de su salud, alimentación y nutrición, la educación, la recreación y el ejercicio de la ciudadanía y la participación. Para ello, indicó el ICBF en su contestación que a la fecha de envío de la misma, dicha entidad cuenta con los siguientes programas:

a) Modalidad Institucional: atiende niños y niñas entre los 6 meses y los 6 años cuyas familias requieren apoyo en su cuidado a diario.

b) Modalidades Familiares: atiende a mujeres gestantes, madres en periodo de lactancia y niños y niñas menores de 5 años cuyas familias y cuidadores requieren apoyo para fortalecer sus procesos de cuidado y crianza en el hogar, como también a niños y niñas menores de 2 años que requieren fortalecer el vínculo afectivo con sus familias y criadores.

c) Modalidades Comunitarias: atiende niños y niñas entre los 6 meses y hasta menores de 5 años, cuyas familias requieren apoyo en su cuidado diario, como también a niños y niñas desde los 2 hasta menores de 5 años que requieren fortalecer sus procesos de socialización.

Agregó, que en Polonuevo en los años 2014, 2015 y 2016, se han atendido 874, 1112 y 656 usuarios de estos programas, respectivamente. En el municipio de Repelón se han atendido 1111, 1458 y 753 usuarios durante los mismos años, respectivamente. Adicionalmente, manifestó el ICBF que para el año 2016 existe un presupuesto de inversión equivalente a la suma de \$1.154.370.344 para el desarrollo de los programas en el municipio de Polonuevo, y equivalente a la suma de \$1.442.258.217 en Repelón.

Además, pone de presente, las dificultades que existen para la prestación de los servicios en los municipios en cuestión, en la medida en que no toda la población de niños y niñas a quienes se dirige el programa se auto-reconoce como negra, afrodescendiente o palenquera. A su vez, que para algunas comunidades el medio de la concertación ha sido “traducidos (sic) por algunas comunidades en espacios para exigirle al ICBF la selección de ciertas organizaciones como operadores de los servicios o para supeditar el ingreso al territorio o la atención de niños, niñas o adolescentes a su contratación”. A lo anterior, agrega el ICBF, debe sumarse que con alguna frecuencia las comunidades étnicas que participan como candidatas para ser operadores de sus programas “no cumplen con los requisitos jurídicos, técnicos y financieros establecidos por esta Entidad en los lineamientos técnicos o su manual de contratación; y (ii) las organizaciones que finalmente cumplen con los requisitos y son contratadas no prestan los servicios con la calidad, oportunidad y pertinencia exigidos”.

Finalmente, en cumplimiento del fallo de primera instancia el ICBF anexa la convocatoria, invitación y acta correspondiente a la primera reunión adelantada con las comunidades de

Repelón y Polonuevo, el día 23 de junio del presente año, en virtud de la cual se inició el proceso de concertación con las comunidades.

30. En nombre de la Procuraduría General de la Nación, intervino la señora Tatiana Londoño Camargo, Procuradora Delegada, quien reiteró el concepto que había rendido dicha entidad en el trámite de instancia de la acción de tutela. Para tal efecto, señaló que en la medida en que se verifique una afectación específica y directa a las comunidades étnicas, dicha medida deberá estar sometida al trámite de consulta y concertación previa.

31. Por su parte, el Ministerio del Interior, intervino a través de la señora Rosa Belisa Góngora García, Directora de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, mediante escrito reseñó a las Organizaciones y Consejos comunitarios del Atlántico inscritos ante tal dirección. De igual manera, señaló que en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia es el ICBF quien debe adelantar el proceso de concertación previa con las comunidades de Polonuevo y Repelón con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación.

32. A su turno, María Ximena Bohórquez Ramírez, en su calidad de apoderada del Departamento Nacional de Planeación, señaló que el ICBF en cumplimiento del Documento LM05 PE02 de diciembre de 2007 sobre las Orientaciones de Política Pública y Lineamientos Técnicos de Atención Diferenciada ICBF en materia de Familia Infancia y Adolescencia de Grupos Étnicos, debe realizar los procesos de concertación cuando sea necesario. Sin embargo, señala que no le corresponde a su representada pronunciarse sobre el caso específico.

33. Por lo demás, mediante comunicación del 2 de agosto de 2016, el representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló que no tiene competencia para pronunciarse en este caso.

34. En cuanto a la Contraloría General de la República, dicha entidad mediante escrito suscrito por José Antonio Soto, Contralor Delegado para el Sector Social, señaló que debido a que sus competencias se ejercen de manera posterior y selectiva, carece de competencia la entidad a la que representa para pronunciarse sobre el trámite de la consulta previa, así como de los contratos que actualmente están siendo ejecutados. No obstante lo anterior, adjunta el informe sobre la “política pública integral de desarrollo y protección social

estrategia de atención integral a la primera infancia –de cero a siempre- Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 ‘Prosperidad para Todos’”, así como los informes sobre ejecución de presupuesto correspondiente a las vigencias 2012, 2013, 2014, y 2015.

35. Por último, es importante anotar que no se recibieron respuestas o comunicaciones por parte de los municipios de Suan y Santa Lucía (Atlántico), dentro del proceso de revisión de la tutela en cuestión.

36. Mediante escrito, el señor José Tomás Márquez Fragoso en su calidad de representante de los accionantes, dio respuesta a la prueba solicitada, según consta en el oficio OPTB-797/16. De manera particular relacionó los diferentes elementos materiales e inmateriales que definen la costumbre, cultura, tradición y cosmovisión afro, resaltando un listado de los alimentos que consumen las comunidades afrodescendientes en el país.

Al pronunciarse sobre los mecanismos de coordinación que tienen las comunidades negras y afrocolombianas con las autoridades, manifestó que lo anterior se da a través de sus representantes legales. Sin embargo, destacó que al acudir a las instancias regionales y departamentales para solicitar la concertación en la operación de los PAE, no obtuvieron respuesta a su llamado, por lo que decidieron acudir a esta vía judicial.

Por último, expresó que el Decreto 1852 de 2015 desconoce a los territorios de comunidades negras en todo su articulado y la Resolución 16432 del mismo año es “ambigua y confusa” en cuanto a los derechos de las comunidades étnicas. Por ello, destacó que solicitaron al Departamento del Cesar y las alcaldías de Valledupar, La Jagua de Ibirico y Chiriguaná, la “CONCERTACIÓN Y CONSULTA DEL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR” sin encontrar respuesta afirmativa a su solicitud, razón que los llevó a interponer la presente acción de tutela, en aras de proteger sus derechos fundamentales.

37. Mediante Oficio No. 2016-ER-137198, Margarita María Ruiz Ortegón, Asesora Oficina Jurídica del Ministerio de Educación, dio respuesta a la prueba solicitada, la cual tiene como número de referencia en el expediente el oficio OPTB 798/16. En primer lugar, mencionó que la Entidad Territorial Certificada (ETC) Cesar, como resultado del proceso de Licitación Pública No. LP-SGR-0009-2016, adjudicó el día 26 de julio de 2016, la prestación del servicio del PAE a dos operadores, con el objetivo de atender 77.118 complementos industrializados y 37.365 almuerzos durante 72 días del calendario escolar, siendo el valor de dicha

contratación de \$21.734.743.608. En cuanto a los municipios de La Jagua de Ibirico y Chiriguana, manifestó que de acuerdo con el pliego de condiciones definitivo publicado por esa entidad territorial, se contratarán los siguientes cupos: “complementos alimentarios am 1327 y complementos tipo almuerzos 1226 y complementos alimentarios am 2348 y complementos tipo almuerzos 111, respectivamente”. Por su parte, con relación a la ETC Valledupar, mencionó que en la actualidad tiene contratados a tres operadores para la prestación del servicio en dicho municipio, de los cuales hay un operador mayoritario y dos asociaciones indígenas, por un valor total de \$13.700.046.618, con los siguientes cupos contratados: “complementos alimentarios am 45.255 y complementos tipo almuerzos 5.575”.

En segundo lugar, al referirse a los mecanismos de coordinación con las autoridades afrodescendientes, el Ministerio destacó que la Comisión Pedagógica de Comunidades Negras es la instancia de participación a través de la cual se debe adelantar el desarrollo del mecanismo de consulta previa, cuando este proceda, pero “toda vez que actualmente esa comisión no tiene representantes válidos en las comunidades negras, el Ministerio de Educación Nacional no tiene interlocución con estas que le permitan adelantar cualquier proceso de consulta previa tendiente a contratar con las entidades territoriales la ejecución del Programa de Alimentación Escolar – PAE, razón por la cual, para garantizar la continuidad en la operación del Programa y privilegiar el goce del derecho a sus titulares, el Programa de Alimentación Escolar se ejecutará de conformidad con lo señalado en el Decreto 1852 de 2015 y la Resolución 16432 del mismo año, en tanto se cuenta con instancias de interlocución”.

En tercer lugar, en cuanto a la garantía del enfoque diferencial en los PAE, el Ministerio manifestó que éste es un principio rector de todo el sistema, dentro del cual se diseñaron una serie de acciones que propenden por la atención diferencial de los grupos étnicos. Así mismo, destacó que “el Ministerio actualmente avanza en aspectos que garanticen contar con un lineamiento de atención diferencial a las comunidades étnicas, lo cual incluye socializaciones y concertación con comunidades indígenas, afros, palenqueros, raizales y comunidades ROM; procesos que toman tiempo en materializarse y que, en cualquier caso, no pueden entorpecer o paralizar la operación del programa, por lo que actualmente el PAE se ejecuta según las disposiciones de la Resolución 16432 de 2015”.

38. Mediante Oficio No. GJU-083, José Julián Jiménez Gómez, Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de La Jagua de Ibirico, dio respuesta a la prueba solicitada, la cual tiene como número de referencia en el expediente el oficio OPTB-800/16. En su respuesta, manifestó dicho municipio que para la vigencia 2015 fueron recaudados un total de \$1.536.796.248 de pesos, por concepto de regalías, y un total de \$253.498.662 de pesos del sistema general de participación, con destinación específica para alimentación escolar. Por su parte, expresó que para la vigencia del 2016 se obtuvo un recaudo total de \$133.950.954 de pesos del sistema general de participación, con destinación específica para alimentación escolar.

Manifestó que en la zona urbana del municipio, el 52.20% de la población es afro, en el corregimiento de la Palmita es del 26.50%, en el corregimiento de Boquerón del 20.20% y en el corregimiento de la Victoria de San Isidro del 1.50%, para un total de 35.52% de población afro sobre la totalidad de la población del Municipio.

Por último, en cuanto a las acciones que se han tomado para garantizar el enfoque diferencial para la prestación del servicio de alimentación escolar, señaló que el Municipio “tiene aprobado por el Concejo Municipal la política pública afrodescendiente mediante el decreto 019 de agosto de 2015, lo que permite garantizar la inclusión e igualdad de oportunidades en esta comunidad; e inmersa también esta política en las metas dentro de nuestro plan de desarrollo el cual fue cimentado y concertado con la participación de la ciudadanía incluyendo los consejos comunitarios a los cuales pertenecen y el cual quedo enmarcado bajo el nombre de “DESARROLLO SOSTENIBLE CON MAS OPORTUNIDADES”. Lo anterior, dice, tiene como objetivo principal el generar condiciones para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos sociales y culturales de la población afrodescendiente.

39. Mediante oficio ACH-FPA-023, el señor Aldrin Salazar Baute, Alcalde (E) de Chiriguaná - Cesar, dio respuesta a la prueba solicitada, la cual tiene como número de referencia en el expediente el oficio OPTB 801/2016. Al ser preguntado sobre los programas adelantados por el municipio para garantizar la alimentación de la comunidad afrodescendiente, manifestó que, de acuerdo con lo definido en su Plan de Desarrollo Municipal, pretende realizar una caracterización con el fin de identificar de manera concreta los estudiantes pertenecientes a esa comunidad que sean beneficiarios a la fecha o posibles beneficiarios del PAE, con el fin de garantizar la inclusión en el marco de dicho programa.

Sostiene que en el momento de formular el proyecto de alimentación escolar toma como base el SIMAT, que es la herramienta que permite identificar la población que es objeto del programa, en este caso los estudiantes matriculados en las Instituciones Educativas del municipio. Sin embargo, resalta que dicha herramienta no muestra dentro de su caracterización “un enfoque donde nos diga que población víctima y afro descendiente tenemos en las Instituciones”. Por ello, si bien destaca esto como una de las dificultades para garantizar este enfoque, aclara que “se le presta el servicio a todos los niños, niñas, adolescentes y jóvenes de los sectores donde hay consejos comunitarios de negritudes”. Por último, anexa el soporte de los montos y recursos del municipio que fueron destinados exclusivamente a los programas de alimentación escolar.

40. Por último, resalta la Sala de Revisión que el municipio de Valledupar, no presentó escrito de contestación al auto de pruebas en mención.

Con relación a los expedientes T-5.505.506 y T-5.513.714:

41. Mediante Oficio 2622 120 N° Rad. 3718, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH representado por el doctor Ernesto Montenegro, Director General del Instituto, dicha entidad dio respuesta a la prueba solicitada (la cual se evidencia en el expediente con el oficio OPTB 803/16), pronunciándose sobre el contenido de las costumbres de las comunidades Negras y Afro Descendientes.

Al referirse a la alimentación, señaló que ésta “es algo más que una mera colección de nutrientes elegidos de acuerdo a una racionalidad estrictamente dietética o biológica, [pues] cuando se trata del comportamiento alimentario enmarcado en diferencias regionales, locales y etnoculturales, la tensión entre prescripción y costumbre se acentúa cuando los programas gubernamentales no incluyen el diálogo intercultural y se refuerzan relaciones asimétricas de poder implicadas en la regulación de los procesos alimentarios y culinarios”. Así mismo, tras destacar los alimentos tradicionales de la comunidad afro, junto con la importancia del vínculo entre la comida de un pueblo y sus sistemas agrícolas, estéticos y simbólicos, resaltó que las políticas y tendencias alimentarias aparecen como signos de conflictos entre las diferentes prácticas culturales, escenario en el cual “el derecho a la consulta previa aparece en el despliegue de relaciones sociales y de poder (...) que involucra -conjuntamente o por separado- mercados, instancias políticas e

identidades culturales y de género”.

43. Aunado a lo anterior, mediante Oficio 20163240617501, María Ximena Bohórquez Ramírez, apoderada del Departamento Nacional de Planeación, dio respuesta a la prueba solicitada, la cual se evidencia en el expediente en el oficio OPTB-806/16. Sobre el tema objeto del debate manifestó la entidad interviniente que “no tiene competencia en cuanto a la priorización de asignación de los recursos de inversión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la operación de programas de atención a la primera infancia, del Ministerio de Educación Nacional con respecto a la alimentación escolar, ni tampoco de los procesos contractuales adelantados por las entidades territoriales, dentro de los cuales se incluyen las posibles concertaciones con las comunidades étnicas”. Por lo anterior, expresó que no le corresponde a la entidad que representa realizar un pronunciamiento o emitir concepto respecto del fondo del asunto del presente trámite tutelar.

44. Por lo demás, mediante Oficio 2016EE0095634, José Antonio Soto Murgas, Contralor Delegado para el Sector Social de la Contraloría General de la Nación, dio respuesta a la prueba solicitada la cual consta en el expediente en el oficio OPTB-807/16. En el documento, manifestó el interviniente que en desarrollo de las facultades de la Contraloría como ente de control, se realizaron auditorias en las que se evaluaron los PAE. En consecuencia, se anexó el informe “CGR-CDSS/Abril de 2016: ACTUACIÓN ESPECIAL PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR – PAE MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL (MEN) – ENTIDADES TERRITORIALES CERTIFICADAS (ATLÁNTICO, BOLIVAR, CESAR, CÓRDOBA, LA GUAJIRA, MAGDALENA Y SUCRE) – VIGENCIAS 2014 – 2015”.

Indica el interviniente que la finalidad del mencionado informe era la de evaluar los resultados de los PAE en los Departamentos antes mencionados. En cuanto al Departamento del Cesar, se expresa allí que las entidades territoriales certificadas visitadas se incluyó al municipio de Valledupar, así como se hizo una mención también en dicho informe a los municipios no certificados de Becerril, Chiriguaná, La Jagua de Ibirico y el Copey.

Una vez realizadas las visitas, la Contraloría pudo establecer las siguientes deficiencias en los PAE: (i) los municipios no elaboran el diagnóstico situacional establecido en los Lineamientos del PAE, documento base para la identificación de la población que debe

recibir prioritariamente la atención alimentaria así como la verificación de la cobertura de dicho programa; (ii) no se evidencian convocatorias, ni la realización de mesas públicas; (iii) existe confluencia de varios operadores en la misma institución educativa; (iv) incumplimiento de la minuta y terminación de alimentos faltando estudiantes por comer; (v) no existe una correspondencia de la porción servida con el peso y volumen definido en la minuta por grupo étnico; (vi) entrega de insumos insuficientes, faltantes, deficiencias en control de peso o verificación de insumos entregados, así como en los registros respectivos; (vii) deficiente calidad e inocuidad de alimentos; (viii) falta de diligenciamiento diario de las planillas de control de entrega de raciones y falta de control uno a uno de niños que reciben alimentos en el momento de la distribución de complementos; (ix) debilidades en la supervisión y/o interventoría de los contratos de PAE; (x) no realización de conteo de raciones entregadas por parte de los actores del programa; (xi) falta de conformación y reuniones de los Comités de Alimentación Escolar en las instituciones educativas; y (xii) las instalaciones de los comedores escolares no cumplen a cabalidad con los Lineamientos y demás requisitos establecidos en la normatividad sanitaria vigente. Así mismo, resaltó que en las revisiones efectuadas sobre la contratación suscrita por las entidades territoriales visitadas, se evidenciaron “deficiencias en la planeación, específicamente falta de estudios previos y de costos; deficiencias en la ejecución, la supervisión y el control de la contratación celebrada para suministrar la alimentación a los niños, niñas y adolescentes de las instituciones educativas del departamento”. Por último, destacó que se hallaron “pagos de mayores valores frente al valor reconocido por el MEN por la misma ración, [y] no realización de aportes por parte de los operadores de acuerdo con las obligaciones establecidas en los convenios o contratos”.

Por su parte, frente al Ministerio de Educación Nacional, el informe mencionado reportó las siguientes deficiencias: (i) debilidades en la supervisión y/o interventoría de los contratos PAE; (ii) confluencia de varios operadores en la misma institución educativa; (iii) falta de diligenciamiento diario de las planillas de control de entrega de raciones y falta de control uno a uno de niños que reciben alimentos en el momento de la distribución de complementos; (iv) no correspondencia de la porción servida con el peso y volumen definido en la minuta por grupo étnico; (v) diferencias entre el número de estudiantes reportados por las Entidades Territoriales Certificadas, como titulares de derecho focalizados, según el formato establecido por el Ministerio y la información registrada en el módulo de estrategia SIMAT; (vi) no realización de conteo de raciones entregadas por parte

de los actores del programa; (vii) las instalaciones de los comedores escolares no cumplen a cabalidad con los Lineamientos y demás requisitos establecidos en la normatividad sanitaria vigente; (viii) debilidades en el proceso de devolución de los recursos no ejecutados por parte de las entidades territoriales o para celebrar la liquidación correspondiente.

45. Adicionalmente, mediante Oficio 2016EE0096643, Andrés Bernal Morales, Contralor Delegado para el Sector Agropecuario, dio respuesta a la prueba solicitada (se evidencia en el expediente en el oficio OPTB-807/16), quien se limitó a manifestar que la Contraloría General de la República, de acuerdo con las atribuciones señaladas por la Ley, no está legitimada por pasiva para ser parte del presente proceso.

46. En el mismo sentido, mediante Oficio 2016EE0097301, Javier Darío Anaya Narváez, Contralor Delegado Intersectorial, dio respuesta a la prueba solicitada (la cual se evidencia en el expediente en el oficio OPTB-807/16), manifestó el interviniente que “conceptuar sobre pretensiones del accionante en el caso concreto, no solo no es del resorte de este Delegado Intersectorial sino que, además, excede las funciones constitucionales y legales otorgadas a la Contraloría pues supone la emisión de juicios valorativos ex ante”. Así mismo, manifiesta que a partir del 1º de enero de 2016, la vigilancia y control fiscal sobre proyectos PAE, primera infancia y madres gestantes y lactantes, está a cargo de la Contraloría Delegada para el Sector Social, por lo que esa es la dependencia llamada a atender los requerimientos sobre el presente caso.

47. Mediante escrito, Catalina Lasso Ruales, Directora de la Oficina Jurídica del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, dio respuesta a la prueba solicitada mediante oficio OPTB-817/16, manifestando que la Universidad no cuenta con el profesional disponible para emitir el concepto y por ende, no le es posible dar su opinión al respecto.

48. Finalmente, mediante escrito, Luz Amparo Fajardo Uribe, Decana de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia, dio respuesta a la prueba solicitada mediante oficio OPTB-874/16, manifestando que la persona encargada de emitir concepto al respecto se encontraba en comisión regular, lo que le impidió estudiar las pruebas del caso y emitir el concepto correspondiente.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

49. Esta Corte es competente para conocer de estas acciones de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 13 de mayo de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de esta Corte, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el asunto de la referencia.

B. CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

50. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia[24], y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual, sólo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[25].

51. En detalle, el artículo 86 de la Carta señala que “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corte ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el peticionario cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, o en su defecto, debe determinar si aun existiendo éstos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados[26]. En este sentido, la sentencia T-235 de 2010 indicó que:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos

fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela.”

Con relación a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, esta Corte expresó en sentencia T-569 de 2011 que: “(...) Por consiguiente, no es suficiente, para excluir la tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo violados”.

52. En el caso específico, en lo que respecta a la procedencia de la tutela para garantizar el derecho a la consulta previa, esta Corte ha establecido diferentes reglas. Lo primero que se debe tener en cuenta es que los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instituyeron la acción de nulidad, así como de nulidad y restablecimiento del derecho, los cuales pueden emplearse para cuestionar la validez de las decisiones adoptadas por las autoridades.

Sumado a ello, el artículo 46 de la misma Ley estableció que “cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”, contemplando así una causal autónoma de nulidad de los actos administrativos.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional, en distintas oportunidades, se ha expresado en contra de la idoneidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en el ámbito de la consulta previa. En este sentido, la sentencia T-576 de 2014 estableció 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.”

En esta medida, esta Corte ha considerado que la interposición de los medios de control contemplados en la Ley 1437 de 2011 tienden a ser insuficientes para reparar desde el ámbito constitucional el derecho a la participación de las comunidades afectadas. Así, tal y como lo estableció esta Corporación en la sentencia T-485 de 2015:

“La actuación requerida por parte de los funcionarios responsables no encuentra respuesta concreta a partir de la revisión judicial del acto administrativo, sino que exige, en caso que así se decida en esta sentencia, acciones materiales tendientes a efectuar el procedimiento de consulta, las cuales no hacen parte de la decisión que adopte la jurisdicción contenciosa. En otros términos, la resolución de los problemas jurídicos materia de esta sentencia se centra en definir si el proceso de consulta previa respecto de la comunidad negra de la Vereda Playa Blanca, es exigible o no. Esta clase de asuntos, en razón de su naturaleza, escapan a la órbita de decisión del juez administrativo, en el marco de la revisión judicial de los actos proferidos por las autoridades demandadas”. (Negrilla fuera del texto original)

“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 debe considerar 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”. [27]

En ese sentido, la Corte ha reconocido que los afrocolombianos y las comunidades a las que pertenecen son titulares de derechos fundamentales que deben ser garantizados por el

Estado. Por ello, 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 (incluyendo las comunidades afro descendientes), 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.[28]

54. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, a pesar de no existir un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, ésta debe presentarse en un término razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos.[29] Así las cosas, ha dicho la Corte que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.[30]

En ese contexto, la Corte ha reiterado que, por un lado, “(...) el requisito de la inmediatez no implica la imposición de un plazo inflexible y que el juicio sobre la oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse en concreto, a la luz de las circunstancias de cada caso”[31], y que, por el otro, “(...) pueden existir razones que expliquen la demora en acudir al amparo, caso en el cual no cabe acudir al principio de la inmediatez para declarar la improcedencia de la tutela”[32].

55. Bajo este panorama, la jurisprudencia constitucional ha dicho que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: cuando se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo[33] y cuando se pueda establecer que “(...) la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”[34].

56. Así las cosas, para que, a pesar de haber transcurrido un tiempo prolongado desde la

ocurrencia del hecho lesivo, pueda resultar procedente la acción de tutela, se requiere que la afectación de derechos fundamentales que se busca subsanar sea actual. De esa manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para que se mantenga la actualidad del daño, es preciso acudir de manera oportuna a la acción de tutela, porque lo contrario podría dar lugar a un hecho consumado no susceptible de amparo constitucional, o a que se desvirtúe la afectación de derechos fundamentales.[35]

57. En el asunto que ahora es objeto de consideración por la Corte, es preciso distinguir, por una parte, la afectación del derecho a la consulta que, de acuerdo con la jurisprudencia, tiene, per se, carácter fundamental, y, por otra, la afectación de los derechos a la integridad como pueblo o a la identidad cultural que se puede dar en relación con las comunidades indígenas o negras y a partir de la cual se predica la existencia de un derecho de consulta.

De este modo, el derecho de consulta, aisladamente considerado, hace parte de un trámite que debe cumplirse por las autoridades antes de emprender una actividad susceptible de afectar directamente a las comunidades negras, indígenas y tribales, y su protección debe producirse cuando sea útil para provocar la consulta, o, incluso, cuando quepa dejar sin efecto la actuación que la pretermitió. Sin embargo, cuando hay una situación ya definida y se ha dejado transcurrir el tiempo sin acudir a los recursos legales e, incluso, a la acción de tutela, se estaría frente a un procedimiento consolidado que no sería susceptible de controversia con el argumento de que hubo un déficit procedimental porque se omitió una consulta que resultaba imperativa conforme a la Constitución, puesto que la validez de las actuaciones administrativas que dan lugar a situaciones particulares y concretas no puede quedar indefinidamente en entredicho[36].

No ocurre lo mismo con la afectación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades étnicas, porque ésta se da, no por la ausencia de la consulta per se, sino, precisamente, por la realización de acciones en desarrollo de un acto que no fue consultado. En ese escenario puede señalarse que mientras se mantengan los actos de ejecución, puede predicarse la existencia de un daño actual susceptible de amparo.

58. Con base en las anteriores consideraciones y antes de realizar el estudio de fondo de los casos sujetos a revisión, la Sala procederá a continuación a analizar, de manera

individual, los requisitos de procedencia de la acción de tutela para los casos aquí estudiados.

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto Expediente T-5.505.506

59. Legitimación por activa: Al respecto, la Corte observa que la acción fue presentada por la señora María Tereza Cataño Ruiz actuando como representante del Consejo Comunitario Suto-Gus de Polonuevo, y por el señor Argemiro Cabarcas Villa, actuando como representante del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Repelón (Magen de Mi). La calidad de dichos apoderados se encuentra debidamente acreditada en el expediente, mediante poder otorgado en debida forma[37].

Así mismo, esta Corte “ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para enervar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad (...)”[38].

Con base en lo anterior, esta Sala considera que los apoderados actuando en representación de las comunidades de Polonuevo y Repelón se encuentran legitimados para promover la acción de tutela, con el propósito de solicitar la protección de los derechos fundamentales de sus representandos, por lo cual la Corte considera que existe legitimación por activa, en términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Adicionalmente, debe hacerse referencia a que en el escrito original de tutela se hacía mención a las comunidades de Suan y Santa Lucía (Atlántico), sin embargo, ningún representante de dichas comunidades suscribe la tutela, ni se verifica que los otros accionantes actúen como representantes o agentes oficiosos, de hecho, tanto en el trámite de la acción de tutela en primera instancia, como en el trámite de revisión, solo han actuado los representantes de los municipios de Polonuevo y Repelón, a los cuales se limitó también el alcance de las órdenes de la sentencia que aquí se revisa. Por lo demás, observa la Sala que en el auto de pruebas en sede de revisión fueron requeridas expresamente dichas comunidades.

60. Legitimación por pasiva: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– es una

entidad de naturaleza pública y, por lo tanto, susceptible de ser sujeto pasivo en la acción de tutela, con base en lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, por lo cual se observa la existencia de legitimación por pasiva en el presente asunto.

61. Inmediatez: Con base en las consideraciones de inmediatez antes descritas (ver supra numerales 54 a 56), no cabe aquí declarar la improcedencia del amparo solicitado por incumplimiento de este requisito, toda vez que, en el caso concreto, se está ante la pretensión de una afectación actual de los derechos de las Comunidades Negras y Afrodescendientes del Departamento del Atlántico, que se produciría, por la continua prestación de los programas de primera infancia del ICBF, el cual, argumentan los apoderados de las comunidades, no tiene en consideración las tradiciones y costumbres de la comunidad afro, vulnerando así de manera actual y permanente los derechos de la comunidad. Por lo anterior, también considera la Sala que se cumplió con este requisito de procedibilidad en la presentación de la acción de tutela.

62. Subsidiariedad: Como ya fue mencionado, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, lo anterior no implica limitarse a corroborar la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, pues se debe igualmente verificar que dicho medio de defensa sea eficaz e idóneo, ya que en caso de no serlo, la acción de tutela será el mecanismo indicado para proteger los derechos fundamentales y en consecuencia evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Como se pudo ver en la exposición de las reglas de subsidiariedad (ver supra numerales 52 y 53), esta Corte, en distintas oportunidades, se ha expresado en contra de la idoneidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en el ámbito de la consulta previa. De esta manera, esta Sala concluye que ante la falta de idoneidad de los medios de defensa judicial ordinarios en materia de protección del derecho a la consulta previa, es razonable considerar que para garantizar los derechos a la participación, consulta previa, autonomía e identidad cultural de las Comunidades Negras y Afrodescendientes de Polonuevo y Repelón, la acción de tutela se convierte en el mecanismo adecuado para

reclamar su protección.

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto Expediente T-5.513.714

63. Legitimación por activa: Sobre este aspecto, la Corte observa que la acción de tutela fue presentada por el señor José Tomás Márquez Fragoso actuando en calidad de Delegado Nacional de las comunidades Negras y Afrocolombianas por el departamento del Cesar. Esta calidad se encuentra debidamente acreditada en el expediente, mediante presentación del carné que lo acredita como Delegado Nacional de dichas comunidades[39].

Así mismo, esta Corporación “ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para enervar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad (...)”[40].

Con base en lo anterior, esta Sala considera que el delegado de las comunidades del departamento del Cesar, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela, con el propósito de solicitar la protección de los derechos fundamentales de la comunidad a la que representa, por lo cual la Corte considera que existe legitimación por activa, en términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

64. Legitimación por pasiva: El Ministerio de Educación Nacional, el municipio de Valledupar, el municipio de Chiriguaná y el municipio de La Jagua de Ibirico son todas entidades de naturaleza pública y, por lo tanto, susceptibles de ser sujeto pasivo en la acción de tutela, con base en lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta, y el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, por lo cual se observa la existencia de legitimación por pasiva en el presente asunto.

65. Inmediatez: Con base en las consideraciones de inmediatez antes descritas (ver supra numerales 54 a 56), no cabe aquí declarar la improcedencia del amparo solicitado por incumplimiento de este requisito, toda vez que, en el caso concreto, se está ante la pretensión de una afectación actual de los derechos de las Comunidades Negras y Afrodescendientes del Departamento del Cesar, que se produciría por la continua prestación del servicio de alimentación escolar, el cual, argumenta el apoderado de las comunidades,

no tiene en consideración las tradiciones y costumbres de la comunidad afro, vulnerando así de manera actual y permanente los derechos de la comunidad. Por lo anterior, también considera la Sala que se cumplió con este requisito de procedibilidad en la presentación de la acción de tutela.

66. Subsidiariedad: Como ya fue mencionado, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. Sin embargo, lo anterior no implica limitarse a corroborar la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, pues se debe igualmente verificar que dicho medio de defensa sea eficaz e idóneo, ya que en caso de no serlo, la acción de tutela será el mecanismo indicado para proteger los derechos fundamentales y en consecuencia evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Como se pudo ver en la exposición de las reglas de subsidiariedad (ver supra numerales 52 y 53), esta Corte, en distintas oportunidades, se ha expresado en contra de la idoneidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en el ámbito de la consulta previa. De esta manera, esta Sala concluye que ante la falta de idoneidad de los medios de defensa judicial ordinarios en materia de protección del derecho a la consulta previa, es razonable considerar que para garantizar los derechos a la participación, consulta previa, autonomía e identidad cultural de las Comunidades Negras y Afrodescendientes del Departamento del Cesar, la acción de tutela se convierte en el mecanismo adecuado para reclamar su protección.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

De conformidad con los hechos expuestos en la Sección I anterior, corresponde a la Corte analizar si:

67. Con relación al expediente T-5.505.506, el ICBF vulneró los derechos fundamentales de las comunidades negras y afro descendientes de los municipios de Polonuevo y Repelón a la consulta previa, concertación, autonomía, participación, libre desarrollo e identidad cultural, al no realizarse la concertación y consulta previa con dichas comunidades para la selección

de los operadores de los programas de primera infancia del ICBF.

68. Con relación al expediente T-5.513.714, el Ministerio de Educación Nacional, el Municipio de Valledupar, el Municipio de La Jagua de Ibirico y el Municipio de Chiriguaná vulneraron los derechos fundamentales de las comunidades negras y afro descendientes del Departamento del Cesar a la consulta previa, autonomía, participación, libre desarrollo e identidad cultural, al no realizar la concertación y consulta previa con las comunidades étnicas para la selección de los operadores de los PAE.

69. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, en primer lugar, la Sala procederá a: (i) analizar las reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la participación, concertación y consulta previa de las comunidades afrocolombianas; (ii) reiterar la prevalencia de los derechos de los niños como sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano; y (iii) analizar y resolver los casos concretos aquí estudiados.

D. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN, CONCERTACIÓN Y CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

70. El derecho a la participación, como una manifestación del principio democrático del Estado Social de Derecho, se encuentra previsto en nuestra Constitución para todos los colombianos, derivándose de disposiciones como el artículo 2º de la Constitución que establece que, entre los fines esenciales del Estado, se encuentra el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, así como en el artículo 40 Superior, que consagra, para todo ciudadano, el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

71. Existe, así mismo, un derecho especial de participación a favor de las comunidades negras, indígenas y tribales, que se considera ineludiblemente vinculado a la garantía de la supervivencia de dichas comunidades como realidades étnica y culturalmente diversas. Sobre este punto, en la sentencia C-175 de 2009 se puntualizó que “[e]l carácter participativo del modelo democrático de ejercicio del poder político, encuentra un ámbito de protección reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que inciden en los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes”, en la medida en que “(...) 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 [por lo que] acepta que cada una de esas comprensiones es intrínsecamente valiosa, pues concurre activamente en la construcción de dicha nacionalidad (...)", razón por la cual deben ser protegidas.

72. De lo anterior, se evidencia que la Constitución Política consagra la participación como un principio, un derecho, un deber y un mecanismo al servicio de la ciudadanía. El mismo se encuentra ligado al carácter pluralista del Estado, en la medida en que uno de sus fines esenciales es precisamente el de garantizar la efectividad de los mecanismos de participación de todos los ciudadanos. De este modo, la participación se convierte en un derecho fundamental que debe ser garantizado por las autoridades en cuanto a las decisiones que afecten o pudiesen afectar a los ciudadanos.

73. Frente a las acciones estatales, el derecho a la participación implica garantizar que todas las personas afectadas por las medidas de la administración sean involucradas. Así las cosas, el derecho se convierte en la facultad que tienen los ciudadanos de escuchar y conocer las propuestas de las entidades estatales que les puedan afectar de alguna forma, e intervenir, informarse y comunicar sus intereses frente a ellas. Eso sí, debe tenerse en cuenta que como fue establecido en la sentencia T-660 de 2015, "la participación no se reduce a que la autoridad competente organice reuniones de información, de concertación o audiencias, sino que en coordinación con la comunidad garantice la participación y asuma la protección de las personas en situación de vulnerabilidad que van a ser afectadas negativamente por las decisiones administrativas municipales"[41].

El derecho a la participación, concertación y consulta previa de las comunidades negras y afrocolombianas

74. Es importante resaltar que en adición al derecho de participación, la Constitución de 1991 reconoció la diversidad étnica como principio y valor fundamental, al establecer que Colombia es un Estado Social de Derecho "organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista", comprometiendo al Estado con la tarea de facilitar "la participación de todos en las decisiones que los afectan" y al indicar, expresamente, que el Estado reconoce y

protege su diversidad étnica y cultural.

75. En este sentido, nuestra Carta en su artículo 70 estableció una diversidad que debe ser reconocida por el Estado, garantizando la “igualdad y dignidad de todas las [manifestaciones culturales] que conviven en el país”. Este interés por la preservación de las comunidades cultural y étnicamente diferenciadas se vio reflejado con la inclusión de distintos espacios de participación y reconocimiento para lograr que esas minorías accedieran a las mismas oportunidades disponibles para los demás integrantes de la sociedad colombiana.

76. En cuanto al reconocimiento de las comunidades afrocolombianas como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales, cabe resaltar que la Ley 70 de 1993 le atribuyó una identidad diferenciada a la comunidad negra y se reconoció a ésta como titular de unos derechos derivados de esa especificidad. En efecto, dicha Ley, en su artículo 3º dispone los siguientes principios:

“(…) i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana; ii) el respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras; iii) la participación de estas comunidades y la de sus organizaciones en las decisiones que las afectan, sin detrimento de su autonomía, y en las decisiones de toda la Nación en pie de igualdad y iv) la protección del medio ambiente, atendiendo a las relaciones que establecieran con la naturaleza.”

77. Por lo demás, es importante anotar que ese derecho de participación que tienen las comunidades afrocolombianas, de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, está previsto expresamente en las disposiciones del Convenio 169 de la OIT[42]. Dicho Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad, y conforme a lo previsto en aquel documento, los gobiernos están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a las comunidades negras, indígenas y tribales[43] las oportunidades para el pleno ejercicio del derecho de participación en los asuntos que les conciernen.

78. Así las cosas, el Convenio reconoció a los pueblos indígenas y tribales como titulares de ciertos derechos asociados al hecho de que compartieran unas condiciones que los distinguieran de otros sectores de la colectividad nacional. De ahí que con la incorporación

de este instrumento internacional al ordenamiento jurídico interno, las comunidades cultural y étnicamente diferenciadas quedaron legitimadas para reclamar la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, figura que hace parte del derecho a la participación[44], cuando se toman decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarlas directamente[45].

79. Al pronunciarse sobre este asunto, en la sentencia C-030 de 2008 la Corte puntualizó que en las disposiciones del Convenio que, de manera general, se refieren al derecho de participación de las comunidades étnicas y tribales, es posible distinguir dos dimensiones: por un lado, la obligación contenida en el literal b) del artículo 6º del convenio, conforme con la cual los gobiernos deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) del mismo artículo en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

En aquella ocasión, dijo la Corte que “[d]e este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.

80. De este modo, para la Corte el derecho general de participación a que alude el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan, imponiendo así la adopción de acciones positivas encaminadas a asegurar que el derecho de participación sea real y efectivo.

81. Por su parte, con relación al derecho a la consulta previa, esta Corte en la sentencia C-175 de 2009, puntualizó que “[e]n lo que tiene que ver con la previsión de medidas

legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas”. Agregó la Corte que “[é]ste es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes[46] a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.”

82. En cuanto a la consulta como derecho fundamental, la sentencia SU-039 de 1997 explicó que, al asegurar que las minorías participen en las decisiones que puedan afectarlas, el derecho a la consulta previa garantiza la integridad y subsistencia de las minorías étnicas. En esa medida, la participación, a través del mecanismo de consulta, “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”[47]. Ello, en últimas, implica que la protección del derecho a la consulta, dado su carácter de fundamental, pueda ser reclamada por vía de tutela.

83. No obstante, la determinación de las circunstancias que configuran el supuesto de afectación directa no resulta tarea sencilla. Al examinar lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, encontramos que allí se señalan de manera expresa ciertas situaciones que configuran este tipo de afectación[48]. A pesar de ello, eso no implica que el deber de consulta no se active frente a hipótesis distintas a las enunciadas allí en forma taxativa, sino que por el contrario, se debe verificar, en cada caso, si determinada decisión, proyecto o medida puede repercutir de alguna manera en los intereses de determinada comunidad étnica y, por ende requiere consulta previa.

Por lo anterior, es posible afirmar que “la autoridad interesada debe verificar, primero, si la medida que pretende adoptar hace parte de los eventos concretos de afectación directa mencionados explícitamente por el Convenio. Si no se trata de ninguno de ellos, deberá analizar si la misma entraña un riesgo de afectación directa, porque el impacto que genera

para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad o, simplemente, porque afecta sus intereses, independientemente de que estos cuenten o no con un reconocimiento formal de parte del Estado”[49].

84. En cuanto a los criterios que deben guiar el proceso de consulta previa, debemos remitirnos nuevamente al artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, el cual establece que las consultas deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados; a través de instituciones representativas de las comunidades; de buena fe; de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. De manera general, las características esenciales que deben seguir el proceso de consulta previa, de acuerdo a lo establecido en la sentencia T-660 de 2015 son las siguientes:

“En primer lugar, uno de los elementos esenciales de la consulta previa es el consentimiento de las comunidades frente a las medidas que afectarán sus intereses, el cual debe ser libre e informado. No obstante, ello no quiere decir que las comunidades tengan poder de veto[50], pero el consentimiento de las comunidades es imprescindible para determinar la alternativa menos lesiva sobre la medida administrativa o legislativa a realizar conforme el principio de interpretación pro homine.[51]

En segundo lugar, la consulta previa debe ser un proceso de concertación o de acuerdo con la comunidad. Así, no es suficiente la mera información o notificación a la comunidad sobre el proyecto que se realizará; es decir, que a los representantes o autoridades tradicionales de las comunidades se les debe dar la oportunidad de pronunciarse[52].

En tercer lugar, antes de realizarse la consulta, es necesario que existan conversaciones preliminares con la comunidad o comunidades[53].

En cuarto lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente con anterioridad a la iniciación del proyecto de explotación o antes de que se tome la decisión normativa o, de otro tipo, que afecte a las comunidades directamente, so pena de que la medida pueda ser invalidada por un vicio de ausencia de consulta.

En quinto lugar, conforme al artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa debe regirse por el principio de la buena fe, lo que quiere decir que el proceso no debe ser

manipulado y debe adelantarse en un ambiente de transparencia de la información, claridad, respeto y confianza.

En séptimo lugar, las decisiones que se tomen conjuntamente y las medidas de compensación acordadas, deben tener efectos sobre la decisión del proyecto[55].

En octavo lugar, la consulta debe ser un proceso que no se agota con meros “acercamientos” o con la simple socialización de las decisiones con las comunidades afectadas, sino que exige un verdadero diálogo, en el cual se identifiquen las ventajas y desventajas de la ejecución de las decisiones que se tomarán y las medidas de compensación y mitigación más adecuadas[56].”

85. Por su parte, en cuanto al desarrollo de los procesos de consulta, esta Corte ha establecido dos clases de criterios aplicables. Por un lado, los “criterios generales de aplicación a la consulta”, sobre los que la sentencia T-376 de 2012 estableció lo siguiente:

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

Por el otro, encontramos las “reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta”, sobre los que la misma sentencia estableció lo siguiente:

“(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá

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

86. Teniendo en cuenta lo anterior, es dado concluir que la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales (incluyendo las comunidades negras o afro descendientes), debe darse “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En esa medida, lo primero que se debe destacar es que el ámbito de aplicación de la consulta debe determinarse frente a cada caso particular, verificando la manera en la que se constituya una afectación a los intereses de esas comunidades, y que se verifique que dichas comunidades reúnen los requisitos o elementos subjetivos y objetivos (según se expondrá en detalle en los numerales 88 y siguientes). Lo anterior es confirmado por el artículo 7º del mismo Convenio, donde se establece que “dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”. De esta manera, el criterio de afectación directa se erige como el factor clave para determinar qué tipo de medidas o proyectos deben consultarse con los pueblos indígenas y tribales (incluyendo las comunidades negras o afro descendientes).

87. A nivel interno, el derecho a la consulta previa se materializa a través de un trámite consultivo que, como se dijo, debe ser anterior a la adopción de cualquier medida que afecte directamente a los pueblos étnicos, y debe cumplir con ciertos criterios mínimos. En principio, no realizarlo de forma previa implica que, por un lado, se viole un derecho fundamental y, por el otro, se vicien los actos expedidos con ocasión de esos procesos.

Titulares del derecho a la participación, concertación y consulta previa: elemento objetivo y subjetivo

88. El artículo 1º del Convenio 169 de la OIT, precisa que sus disposiciones se aplicarán a:

(i) los pueblos tribales que se rijan total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y compartan condiciones sociales, culturales y económicas que los distingan de otros sectores de la colectividad nacional y (ii) aquellos pueblos considerados indígenas por descender de poblaciones que habitaban en el país durante la época de la conquista, la colonización o el establecimiento de las actuales fronteras estatales, si además conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales o políticas, cualquiera que fuera su situación jurídica. Así las cosas, como se puede ver, el Convenio no define estrictamente quiénes son pueblos indígenas y tribales, sino que describe los pueblos que pretende proteger.

89. Ante esta falta de determinación, se ha optado por considerar que la comunidad beneficiaria del derecho de consulta debe poseer ciertas características particulares que lo distingan del resto de la sociedad (elemento objetivo), y reivindicar esa diferencia, en ejercicio de su derecho a determinar su propia identidad o pertenencia, de conformidad con sus propias costumbres y tradiciones (elemento subjetivo)[57].

90. Como ha sido expresado en múltiples ocasiones por esta Corte, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: (i) una subjetiva que se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica, que puede explicarse como “la percepción que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente[58]”; y ii) una objetiva, que se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, lo cual concierne al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos[59]”.

En el caso de los pueblos tribales, se ha considerado relevante, en cuanto a los criterios objetivos, que (i) reúnan ciertas condiciones culturales, sociales y económicas que les distingan de otros sectores de la colectividad nacional; y (ii) estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial[60].

91. Los anteriores elementos han sido avalados en diversas ocasiones por la jurisprudencia constitucional, como se evidencia en la sentencia C-169 de 2001 que, respecto a la existencia de estos criterios, expresó lo siguiente:

“Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”.

En este mismo sentido, en la sentencia T-576 de 2014 la Corte manifestó que “el Convenio 169 consideró relevantes para identificar a las colectividades que podrían beneficiarse de su protección: un criterio objetivo, asociado al cumplimiento de unas características materialmente verificables, y uno de carácter subjetivo, relativo a la conciencia de la respectiva comunidad sobre su identidad diferenciada”.

“El punto de partida sobre esta materia es la preeminencia del propio reconocimiento de la comunidad étnica como factor principal para la adscripción de titularidad de los derechos diferenciados. Como se ha explicado en esta decisión, la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural pasa por la imposibilidad que desde la sociedad mayoritaria se decidan unilateralmente, y mucho menos impongan, las características que deben cumplir las comunidades tradicionales para recibir ese estatus. Estas características definitorias corresponden, de manera general, a los organismos al interior de la misma comunidad diferenciada. En términos simples, pretender que las autoridades del Estado determinen, por sí y ante sí, cuáles son las condiciones que debe cumplir un colectivo para que sea considerado una comunidad tradicional, desconoce el mandato de protección de la diversidad étnica”.

93. Lo expuesto hasta acá confirma entonces que la caracterización de cierto grupo como titular del derecho a la consulta previa depende, necesariamente, de que reivindique cierta especificidad, que puede estar vinculada a una historia compartida, a su relación con la tierra o a la presencia de ciertos rasgos comunes, como su fisiología, su lengua, tradiciones, prácticas de producción, organización social, instituciones políticas, autoreconocimiento

etc., lo cual, en todo caso, no implica que la existencia de la comunidad indígena o tribal pueda descartarse, solamente, sobre la base de la ausencia de alguno de esos factores[61].

E. DERECHOS DE LOS NIÑOS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional

94. Según la Constitución Política, los niños tienen derecho a una especial protección. La norma constitucional que se ocupa de definir el alcance de esta protección especial es el artículo 44, el cual contiene cinco reglas: (i) el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos de los niños[62]; (ii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iii) la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los niños; (iv) la garantía de desarrollo integral del niño; y (v) la prevalencia del interés superior del niño[63].

95. El Estado colombiano ha ratificado distintos instrumentos internacionales que se refieren a la obligación de proteger de manera especial a los niños, los cuales en virtud del artículo 93 de la Constitución deben ser utilizados con el propósito de interpretar el mencionado artículo 44. El más importante de ellos es la Convención sobre los Derechos del Niño[64], que señala en su preámbulo que el niño “necesita protección y cuidado especial”, por lo cual establece en su artículo 3 un deber general de protección, en virtud del cual “[l]os Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley”. Además de este, pueden mencionarse, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[65], que dispone en su artículo 24 que todo niño tiene derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[66], que establece en su artículo 19 que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

96. Teniendo en cuenta el mandato de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los niños

como sujetos de protección constitucional reforzada, por lo cual “la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna”[67].

97. La protección especial de los niños en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales que se refieren al tema se justifica por la necesidad de garantizar su dignidad humana, en virtud de la cual debe reconocerse a las personas como sujetos autónomos de derechos. Los niños, como todas las personas, son titulares del derecho a la dignidad humana (Preámbulo de la Constitución), el cual les garantiza, entre otras, la posibilidad de tener un plan de vida y de tomar decisiones de acuerdo con este plan[68]. El adecuado desarrollo durante la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo con él, por lo cual se le exige al Estado adoptar medidas especiales de protección durante esta etapa.

98. Esta protección especial reconocida a favor de los niños se concreta en principios más específicos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, encargado de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, ha identificado cuatro principios generales que deben regir la actuación del Estado para proteger a los niños[69]. Como se mostrará más adelante, estos coinciden con criterios utilizados por la Corte Constitucional para resolver casos que han involucrado la protección de derechos fundamentales de los niños[70], así como con otros usados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el análisis de casos que han planteado esta misma cuestión. Por lo tanto, la Corte considera que a la luz de dichos principios se puede entender el régimen jurídico de la protección especial a los niños en nuestro ordenamiento constitucional.

99. El primero de estos principios generales es el de no discriminación, el cual requiere que los Estados “identifiquen activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos”[71]. La Corte Constitucional ha reconocido y aplicado este principio en su jurisprudencia al resolver casos relacionados con los derechos de los niños. Así, lo tuvo en cuenta para resolver el caso de una niña con discapacidad a quien se le negaba el acceso a aulas regulares, desconociéndosele de esta forma su derecho a la educación[72]. También lo aplicó en el caso de dos menores de edad a quienes se les había negado el registro civil de nacimiento por tener sus padres el mismo sexo[73].

100. El segundo principio es el interés superior del menor, previsto en distintas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular en el numeral 1 del artículo 3, de acuerdo con el cual “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”[74]. Este principio tiene expresa consagración en el artículo 44 de la Constitución, cuyo último inciso señala que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Son múltiples los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha tenido en cuenta este criterio con el propósito de resolver problemas jurídicos que han involucrado derechos de los niños, relacionados con temas como la protección del derecho a la intimidad y al habeas data de una menor de edad a la que le fue creado un perfil en Facebook[75], o el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar como garantía del derecho de los niños a la familia[76].

101. En estas dos y en otras sentencias la Corte Constitucional ha definido las características del interés superior del niño. Al respecto, ha dicho que este es concreto, en la medida que solo puede determinarse atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, por lo que no cabe definirlo a partir de reglas abstractas de aplicación mecánica[77]; es relacional, por cuanto afirmar que a los derechos de los niños se les debe otorgar una “consideración primordial” o que estos “prevalecen” implica necesariamente que este principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación[78]; no es excluyente, ya que afirmar que los derechos de los niños deben prevalecer es distinto a sostener que estos son absolutos y priman de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos[79]; es autónomo, en la medida en que el criterio determinante para establecer el interés superior del niño es la situación específica del niño, incluso cuando dicho interés pueda ir en contradicción con los intereses o las preferencias de los padres, familiares o un tercero; y es obligatorio para todos, en la medida que vincula a todas las autoridades del Estado, y no solo a ellas, sino también a la familia del niño y a la sociedad en general.

102. Por su parte, con relación a la obligatoriedad del interés superior del niño, la Corte ha destacado que la familia tiene una especial responsabilidad en la supervivencia y desarrollo de los niños. Ha dicho la Corte que este derecho no se limita a proteger “la subsistencia

nominal o aparente de un grupo humano”, sino que “implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de estos respecto de sus hijos”[80]. En principio, el Estado no tiene la potestad de intervenir en las relaciones familiares, pues la Constitución reconoce el derecho a la intimidad privada y familiar (artículo 15 de la Constitución). No obstante, este derecho podría ser limitado cuando se esgriman poderosas razones para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales, como lo sería aquella situación en la que la familia no cumpla sus deberes de protección respecto de los niños. En todo caso, la limitación al derecho a la intimidad familiar tendrá no solo que estar motivada por razones poderosas, sino ser además proporcionales y razonables[81].

103. Para terminar con la caracterización del interés superior del niño, la Corte señala que este implica para las autoridades estatales y para los particulares la obligación de adoptar medidas encaminadas a promover el bienestar de los niños. Como consecuencia de este deber, las autoridades y los particulares deben abstenerse de adoptar medidas que desmejoren la situación en la que se encuentran los niños[82].

104. Ahora, continuando con la explicación de los principios generales de la protección especial de los niños, el tercer principio es el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el cual debe ser entendido en su concepto integral, que abarca “el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”[83]. La Corte Constitucional ha acudido a este principio con el propósito de proteger el derecho a la salud integral de un niño que requería la práctica de una cirugía necesaria por las afectaciones sufridas en su autoestima[84]. Existe una clara relación entre la protección del bienestar del niño y su desarrollo autónomo, pues el primero es condición necesaria del segundo.

105. La protección especial de los niños no se limita a garantizar aspectos estrictamente necesarios para su subsistencia, sino que debe comprender las condiciones que permitan su desarrollo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”[85].

106. Finalmente, el cuarto principio general es el de respeto a las opiniones del niño, en virtud del cual debe reconocerse al niño como “participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos” [86]. También en varias ocasiones la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia de escuchar y respetar las decisiones de los menores. Así lo sostuvo la Corte, en un caso en el que la Defensoría del Pueblo había iniciado medidas de restablecimiento de dos niños adoptados por una persona homosexual, en el cual consideró que la Defensoría desconoció los derechos de los niños por no tomar en cuenta su voluntad de no ser separados de su padre adoptante. También lo ha invocado en el marco de la realización de procedimientos médicos a menores de edad, en los que ha sostenido que entre más clara sea la autonomía individual de los niños, más intensa es la protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que tienen derecho a expresar libremente su opinión en estos asuntos[87]. Además, la Corte observa que este principio guarda plena coherencia con una concepción del niño como sujeto titular del derecho a la dignidad humana, a quien debe reconocérsele de manera progresiva mayor autonomía para definir su proyecto de vida y llevar a cabo acciones encaminadas a lograrlo.

107. En adición a los cuatro principios mencionados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha hecho referencia constante a uno adicional, diferenciable de los principios generales de la protección especial a los niños antes mencionados y que por lo tanto merece ser destacado. Se trata del principio de protección del menor frente a riesgos prohibidos, el cual ha sido derivado especialmente del inciso 1 del artículo 44 de la Constitución, que establece que los niños “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. La Corte ha entendido que este principio obliga al Estado a “resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico”[88].

108. Estos principios generales se encuentran desarrollados en distintas normas del ordenamiento jurídico colombiano que hacen referencia a los derechos de los niños, en particular en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Por la especial importancia que adquieren para resolver los problemas jurídicos planteados en el presente caso, la Corte mencionará algunas disposiciones de esta y otras normas que desarrollan el principio del interés superior del niño y el de derecho a la vida, la supervivencia y el

desarrollo de los niños.

109. El principio del interés superior del niño se encuentra expresamente reconocido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual lo define como un “imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes” (artículo 8º). Asimismo, lo reconoce como una regla de interpretación y aplicación para todas las situaciones relacionadas con los derechos de los niños (artículo 7º), e igualmente como un criterio de favorabilidad en situaciones en las que exista conflicto entre normas aplicables a la situación de los niños (artículo 9º).

110. El Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce que cada familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños. Así, establece en su artículo 10 que existe un principio de corresponsabilidad, en virtud del cual existe una “conurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

111. Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia y otras leyes del ordenamiento también prevén distintas disposiciones encaminadas a proteger el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo de los niños, según se mostrará en la siguiente sección, en la cual la Corte profundizará sobre el alcance de este principio.

El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo de los niños

112. Según lo mencionado antes, “[l]a familia, la sociedad y el Estado”[89] deben dirigir sus actuaciones hacia el cumplimiento de su obligación de brindar especial protección a los niños, mediante la protección de su derecho a la vida, así como la garantía de su supervivencia y desarrollo. Sobre este punto hay que recalcar que las obligaciones que surgen para la garantía del interés superior de los niños no comprometen exclusivamente al Estado, sino que, por expresa disposición constitucional, se extienden a las familias y a la sociedad en general.

Esta perspectiva se aprecia también en la Convención de los Derechos del Niño, cuando señala que son los padres los primeros responsables de la crianza y el desarrollo del niño:

[...]

“[...] A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño [...]”[91].

A la sociedad y al Estado, les corresponde asistir a las familias en el cumplimiento de dichos deberes[92], y al Estado le compete especialmente el establecimiento de normas para el cuidado del bienestar de los niños, proveer los mecanismos para asegurar el mayor nivel posible de acceso a los servicios de asistencia ofrecidos por el Estado y establecer los medios para sancionar las conductas que los afecten[93].

113. Se entiende entonces que la responsabilidad principal en lo que respecta a la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada o a la comunidad, según dicten las tradiciones que las rijan[94].

114. Ahora bien, cuando las labores de crianza y garantía de las condiciones mínimas de vida superan las capacidades de la familia en sentido amplio de la que se hablaba anteriormente, son la sociedad y el Estado quienes deben suplir la labor familiar. En el caso del Estado, la normativa internacional indica la obligación de que disponga de mecanismos adecuados para evitar situaciones nocivas mientras el niño se encuentre bajo el cuidado de los padres[95], que se concretan en nuestra normativa nacional, especialmente en las dispuestas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que se complementan con otras medidas existentes para el acceso a la asistencia social del Estado.

115. El deber de garantizar la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños se deriva no solo de la Constitución Política y de los instrumentos internacionales antes mencionados, sino también de otros instrumentos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, los cuales también deben ser tenidos en cuenta para determinar el alcance del deber especial de protección a los menores en virtud del artículo 93 de la Constitución. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[96] establece de manera general que los Estados deben adoptar medidas de

protección a favor de los niños y adolescentes[97], agregando una obligación más específica, según la cual los Estados deben tomar medidas para “[l]a reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños” (artículo 12 numeral 2 literal a).

116. De forma similar, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[98] establece también una norma de protección especial a los menores (artículo 10), complementada con disposiciones específicas sobre (i) atención especial a las mujeres en estado de embarazo, antes y después del parto, (ii) garantía del derecho a la alimentación de los menores, (iii) medidas especiales de protección a los adolescentes para garantizar su plena maduración y (iv) creación de un ambiente estable y positivo en el cual perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad (artículo 15 numeral 3 literales a, b, c y d).

117. De acuerdo con estas disposiciones, existen distintos factores determinantes del desarrollo de los niños que el Estado colombiano, junto con la familia y la sociedad, debe atender de manera oportuna para cumplir su deber de especial protección. Con base en las normas constitucionales mencionadas, entre los factores determinantes del desarrollo de los niños que el Estado debe proteger se encuentra el derecho a la alimentación, el cual analizará la Corte en detalle a continuación.

118. En primer lugar, el artículo 44 de la Constitución Política menciona dentro de los derechos fundamentales de los niños el de una alimentación equilibrada. Este derecho de los niños también se encuentra mencionado expresamente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las referencias específicas que hace la Constitución Política (en su artículo 44) y los tratados de derechos humanos a la alimentación de los niños se explica por la gran importancia que esta tiene para el desarrollo de los niños.

119. Así, según lo ha explicado la Corte Constitucional, la alimentación de los niños es determinante para su desarrollo futuro, debido a “la importancia que para el desarrollo psicofísico de toda persona supone una adecuada nutrición durante sus primeros años, puesto que ella se proyectará lo largo de toda la vida”[99]. En el mismo sentido, el Fondo de

Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha sostenido que la alimentación es especialmente sensible para los niños, particularmente durante la gestación y los dos primeros años de vida, ya que es durante esta etapa que se produce el desarrollo básico del niño. Por ello, “la falta de una alimentación y atención adecuadas produce daños físicos y cognitivos irreversibles que afectarán a la salud y al desarrollo intelectual del niño para el resto de su vida”[100].

120. Teniendo en cuenta la especial importancia de la alimentación adecuada para el desarrollo de los niños, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha exhortado a los Estados a adoptar programas especialmente encaminados a que este derecho sea garantizado a los niños. Al respecto, les ha pedido que:

“b) Adopten medidas y programas de apoyo encaminados a combatir los efectos irreversibles de la desnutrición crónica en la primera infancia, en particular en los mil primeros días de la vida del niño;

c) Apoyen los planes y programas nacionales de los Estados para mejorar la nutrición en las familias pobres, en particular los planes y programas encaminados a combatir la desnutrición en las madres y los niños, así como los que tengan por objeto paliar los efectos irreversibles de la desnutrición crónica en la primera infancia, desde la gestación hasta los 2 años de edad;

d) Pongan en práctica políticas y programas para reducir y erradicar la mortalidad y la morbilidad prevenibles, que sean resultado de la malnutrición, de niños menores de 5 años”[101].

121. Además, la alimentación es un derecho reconocido a todas las personas en tratados internacionales. Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se refiere a él en el artículo 11, en virtud del cual los Estados reconocen a toda persona una calidad de vida adecuada, incluyendo una sana alimentación. Asimismo, este artículo reconoce el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece con mayor precisión en el artículo 12 que “[t]oda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual”.

122. Con base en estas disposiciones, la Corte Constitucional ha reconocido que la alimentación tiene el carácter de derecho fundamental[102]. Este derecho tiene como fundamento normativo las disposiciones citadas en el párrafo anterior, así como el artículo 65 de la Constitución Política, en virtud del cual “[l]a producción de alimentos gozará de especial protección del Estado”. La Corte Constitucional ha definido el alcance de este derecho basándose especialmente en lo señalado al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)[103]. Al respecto, el mencionado comité ha sostenido que todas las personas deben tener el derecho a una alimentación adecuada o a los medios para obtenerla[104]. De acuerdo con este organismo, el contenido básico del derecho a la alimentación es el siguiente:

“- la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada;

- la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos”[105].

123. Del derecho a la alimentación surgen varias obligaciones para el Estado: la obligación de respetar, en virtud de la cual el Estado debe abstenerse de impedir el acceso al derecho; la obligación de proteger, de acuerdo con la cual el Estado debe adoptar medidas con el propósito de evitar que empresas o particulares desconozcan el derecho a la alimentación; y la obligación de realizar, el cual implica a su vez dos deberes más específicos: el de facilitar, que impone al Estado el deber de procurar iniciar actividades para fortalecer el acceso y la utilización por parte de la población de los recursos y medios que aseguren sus medios de vida, y el de hacer efectivo, el cual aplica con relación a individuos o grupos de individuos que sean incapaces de disfrutar del derecho a la alimentación e impone al Estado el deber de realizar ese derecho directamente[106].

124. Asimismo, el Comité DESC ha señalado que si bien la realización plena del derecho solo puede darse de manera progresiva, esto no quiere decir que los Estados no tengan obligaciones de cumplimiento inmediato con relación al derecho a la alimentación. Al respecto, ha sostenido que “[e]l Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel

mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre”[107]. Igualmente, sostuvo que para valorar las medidas u omisiones que constituyen una violación del derecho a la alimentación, debe distinguirse “entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones”[108].

125. La legislación colombiana establece distintas normas que tienen el propósito de cumplir el deber de garantizar la vida, la supervivencia y el desarrollo de los niños. Así, por un lado, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece, entre otras medidas, el deber que tienen las autoridades del Estado de adoptar las llamadas “medidas de restablecimiento”, las cuales tienen como propósito restaurar la dignidad e integridad a niños que se encuentren en condición de riesgo o vulnerabilidad (artículos 50 y 51). El Código señala ejemplos de distintas medidas de restablecimiento que las autoridades pueden adoptar con esa finalidad, aclarando que se trata de un listado incompleto, pues también estas podrán aplicar “cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes” (artículo 53).

126. Por su parte, recientemente se 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 y se dictan otras disposiciones”. Esta ley tiene como propósito el reconocimiento y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños hasta seis años. Con la finalidad de llevarlo a cabo asigna responsabilidades específicas a distintas entidades del orden nacional (artículos 12 a 21), entre las que se encuentra, por ejemplo, la función dada al Ministerio de Salud y Protección Social para adoptar medidas de promoción de la salud y de gestión del riesgo, enfatizando la atención durante los primeros mil días, que comprenden los primeros dos años de vida del niño (artículo 16). Igualmente, la Ley 1804 de 2016 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).

127. Por último, es importante resaltar que dentro de la visión de preservar las tradiciones y virtudes de las minorías, así mismo, ha reconocido la jurisprudencia constitucional que las comunidades que sufren de elevados niveles de pobreza y marginación económica[109], merecen una especial protección por parte del Estado. La importancia de preservar las tradiciones y virtudes, por un lado, y la situación de pobreza y marginación de las minorías,

por otro lado, imponen un deber de protección calificado y reforzado a favor de los niños miembros de las comunidades afrodescendientes. En este sentido, el alcance específico de los deberes de protección a favor de los niños pertenecientes a comunidades afrodescendientes debe armonizar dos fines constitucionales: la prevalencia de los derechos de los niños y el reconocimiento de la autonomía de dichas comunidades, derivada de la característica del Estado colombiano como multicultural y diverso. A continuación, la Sala pasará a analizar las reglas aplicables a la armonización de dichos fines constitucionales.

Limitaciones admisibles al derecho a la participación, concertación y consulta previa de las comunidades negras y afrocolombianas, en aras del interés superior del niño

128. Ahora bien, así como el interés superior del niño no es absoluto y tratándose de niños pertenecientes a comunidades afrodescendientes se requiere adoptar medidas de concertación con dichas comunidades de los que ellos forman parte, tampoco el derecho fundamental de dichas comunidades a la consulta previa es absoluto, por lo cual puede ser limitado en casos excepcionales para la protección de un interés especialmente imperioso, siendo uno de esos intereses el interés superior del niño.

129. En virtud de lo anterior, hay que tener en cuenta que los niños, como se ha sostenido en la presente sentencia, 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 le 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.

130. 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. Valga mencionar que la Corte Constitucional en ocasiones anteriores había llegado a la misma conclusión, al

afirmar que “la Constitución protege de manera especial el interés superior del menor indígena, el cual no solamente es vinculante para los jueces ordinarios, sino también para las propias comunidades indígenas y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica”[110]

131. La anterior interpretación tiene además sustento en la doctrina especializada del Comité de los Derechos del Niño. Este órgano ha señalado que es de gran importancia que los Estados cumplan su obligación de protección especial de los niños con respeto a las tradiciones y valores de las comunidades afro descendientes, los pueblos indígenas o comunidades tribales, pero en todo caso ha sostenido que el Estado debe actuar cuando considere que dichas tradiciones y valores pueden poner en riesgo el interés superior del niño. En ese sentido, ha dicho lo siguiente:

“El Comité subraya que las prácticas culturales a las que se refiere el artículo 30 de la Convención han de ejercerse de conformidad con otras disposiciones de la Convención y no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño. Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer, el Estado parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas”[111].

132. Así, el derecho fundamental a la consulta previa puede ser limitado cuando las autoridades del Estado tengan la certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños, y la intensidad de dicha limitación puede ser mayor dependiendo del grado de afectación de los niños y de la urgencia en su atención y protección. Por lo anterior, observa la Sala que con fundamento en lo anteriormente expuesto, la consulta previa podrá ser limitada cuando se presenten situaciones que planteen una amenaza real e inminente de vulneración de los derechos de los niños, para que de esta forma puedan las autoridades del Estado actuar de manera inmediata para la protección de dichos derechos, incluso sin la concertación con las comunidades, bien sea porque ésta se intentó y no pudo concretarse o bien porque la situación de apremio lo impide. En cualquiera de estas dos circunstancias (cuando la concertación se intenta pero no se logra o cuando no es posible intentar realizarla), las autoridades del Estado que intervengan para adoptar medidas de protección a favor de los niños deben actuar de manera razonable y proporcional, afectando en la menor medida posible el derecho a la diversidad étnica y cultural de las comunidades

tribales.

F. SOLUCIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS

Análisis de fondo con relación al expediente T-5.505.506

133. En el presente caso, los apoderados de los accionante consideran vulnerados los derechos fundamentales de las comunidades negras y afro descendientes por él representadas, a la consulta previa, autonomía y autogobierno, a la participación real y efectiva, a una educación inicial con enfoque diferencial en los programas de primaria infancia desarrollados por el ICBF, que respete sus costumbres y tradiciones afro, en la medida en que las autoridades accionadas no han realizado la concertación y consulta con sus comunidades para la selección de los operadores de los programas de primera infancia (modalidad institucional, familiar, hogares tradicionales y FAMI). Por lo anterior, a continuación procederá la Corte a analizar si en efecto el ICBF ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por los accionantes.

134. Por lo anterior, resulta necesario establecer si en este caso se cumple con los requisitos para que sea garantizado el derecho fundamental a la consulta previa. Como se resaltó a lo largo de esta providencia, 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.

135. De esta forma, parte la Sala por entender si las comunidades afrodescendientes de Repelón y Polonuevo, son potenciales beneficiarios del derecho fundamental de consulta previa, en seguimiento a las reglas establecidas en los numerales 88 a 93 de la presente sentencia. En este sentido, observa la Sala que las comunidades de “Polonuevo” y “Repelón” cumplen con los criterios subjetivo y objetivo que ha establecido la jurisprudencia para el reconocimiento de las comunidades étnicas. Del elemento objetivo dan cuenta las pruebas recaudadas en sede de revisión, en las que relacionan las costumbres, tradiciones y cosmovisión de estas comunidades, manifestadas en “elementos materiales” tales como artesanías, objetos particulares para la alimentación, la vivienda y elementos musicales propios, además dan cuenta de la existencia de dialectos para la comunicación, la importancia de la tradición oral y la centralidad de la luna para la vida de dichas

comunidades. De otro lado, en lo que respecta el elemento subjetivo, debe considerarse el hecho que los representantes de las comunidades hayan acudido al derecho de petición y posteriormente a la acción de tutela, para solicitar que el ICBF tenga en cuenta y preserve las tradiciones que identifican a dichas comunidades, en desarrollo de los programas de protección y apoyo a los niños que desarrolla dicha entidad[112].

136. Con relación al segundo requisito, esto es, la comprobación de una afectación directa, esta Corte ha señalado 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[113]. 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.

137. En el caso aquí estudiado, los accionantes alegan que la falta de concertación y consulta en cuanto a la escogencia de los operadores de los programas de primera infancia del ICBF en dichas comunidades, afecta las tradiciones, valores, cultura y autonomía de las comunidades por ellos representadas. Para esta Sala, 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.

138. Sobre el particular, conviene destacar 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.

Llama la atención la Sala 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.

Para lo anterior, se requiere que los contratos suscritos sean claros en el establecimiento de metas y tiempos de cumplimiento estrictos, que permitan a la vez a los organismos de control ejercer una vigilancia precisa y pronta, que evite que la corrupción entorpezca la provisión de los servicios que requieren los menores de edad habitantes de Repelón y Polonuevo.

139. Como se indicó anteriormente, en los programas que el ICBF desarrolla también se encuentra presente el componente educativo, por lo que en los términos de la Ley 115 de 1994 debe ser garantizada en términos de “etnoeducación”[114]. Dicha ley es categórica a la hora de demandar una concertación con las comunidades étnicas con el fin de garantizar que la educación que se brinde esté acorde y mantenga las tradiciones y costumbre de tales grupos minoritarios, lo que no significa, en modo alguno, la obligación de contratar los docentes o los programas de educación con la comunidad misma, pero sí que los educadores vinculados conozcan las tradiciones y costumbres y se encuentren capacitados para educar a los niños con respeto y fomento a su cosmovisión y tradiciones particulares[115], estos criterios han sido por lo demás reiterados e interpretados por la jurisprudencia constitucional[116]. Debe además recordarse que el propio Manual de

Contratación del ICBF, en su numeral 1.2.3. reconoció la existencia de “minorías étnicas” en las que se requiere la concertación.

140. Ahora bien, como lo pone de presente el ICBF, en las áreas de Repelón y Polonuevo existe tanto población que se auto-reconoce como negra, afrodescendiente y palenquera, pero también población, que requiere de la atención del ICBF que no reviste tales condiciones[117], lo cual representa un desafío adicional a la hora de garantizar la concertación con las comunidades negras, puesto que ella no puede realizarse en desmedro de la atención prioritaria que requieren todos los niños y niñas de la región, máxime cuando de acuerdo con la información suministrada por la Contraloría General de la República, el departamento del Atlántico ocupó el tercer lugar en los departamentos con más altos índices de muertes de niños por desnutrición, entre los años 2010 a 2012[118].

141. En este sentido, teniendo en cuenta las dificultades que se indicaron anteriormente, conviene recordar a todos los agentes involucrados en la atención de las necesidades de los menores de edad de dichas poblaciones que estos gozan de un estatus jurídico especial, lo cual implica que sus derechos prevalecen respecto de los derechos de los demás, siendo responsables la familia, la sociedad y el Estado. Por lo cual, atendiendo a las particularidades de la población de niños en los municipios de Polonuevo y Repelón, quienes se encuentran en una situación de pobreza, entre otros factores que afectan el derecho a la vida de los menores de edad, bajo ninguna circunstancia las tradiciones y valores de las comunidades afro descendientes pueden poner en riesgo el interés superior del niño, y el Estado podrá proceder de forma inmediata a proteger los derechos de los niños, incluso sin tener que concertar con los comunidades, bien sea porque se intentó y no se pudo concertar o bien porque la situación de apremio lo impide. Las medidas que adopte de forma inmediata el Estado, deben ser razonables y proporcionales, de cara a proteger el interés superior del menor, lo que supondrá hacerlo prevalecer sobre otros intereses que, aunque legítimos, deben dar paso a la realización de los derechos de los niños.

142. De allí, que el escenario de concertación requerido para garantizar el enfoque diferencial en los programas de primera infancia del ICBF, a saber, hogares tradicionales, hogares FAMI, modalidad familiar y modalidad institucional o CDI, no puede significar en modo alguno la suspensión de la prestación de dichos servicios a la población de los niños que habitan en Polonuevo y Repelón, ello como consecuencia de la prevalencia de los

derechos fundamentales de los niños (ver supra Sección E, numerales 94 y siguientes de esta sentencia). Teniendo en cuenta lo anterior, dada la necesidad de prestar de forma inmediata e ininterrumpida los programas de primera infancia, en este caso, 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. Por lo cual, en lo que corresponde a los contratos que se encuentran actualmente en ejecución por parte del ICBF, para el desarrollo de los programas de la primera infancia, la Corte no hará un llamado a que los mismos sean terminados, por no haber sido celebrada la consulta previa que protegiera el enfoque diferencial en el contenido de los programas de primera infancia del ICBF, y hace un llamado a que los mismos se sigan ejecutando en aras de garantizar la continuidad en la prestación de dichos servicios a favor de los menores de edad.

143. No obstante lo anterior, considera la Sala que en los contratos que se lleguen a celebrar a futuro para la prestación de los servicios asociados a los programas de la primera infancia, el ICBF deberá observar e implementar los criterios que permitan asegurar un diálogo que respete el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades accionantes, y de esta forma lograr que dichos programas reflejen un enfoque diferencial. En este punto, se hace un llamado a dichas comunidades para agilizar los trámites y concertaciones, designar las personas o delegatarios que garanticen una continua interlocución, para así lograr la mayor efectividad de las medidas y se cumpla la garantía constitucional de satisfacer el derecho fundamental a la educación propia, alimentación, entre otros, en cosmovisión, cosmología, cosmogonía, usos y costumbres, ello sin afectar los derechos de aquellos niños y niñas que no se reconocen como miembros de comunidades negras, afrodescendientes o palenqueras que habitan en la región.

144. En este punto, debe hacerse referencia a que el ICBF a partir del fallo de tutela del 17 de marzo de 2016, inició los trámites de concertación con las comunidades afrodescendientes que se encuentran en los municipios de Polonuevo y Repelón, para ello ha abierto canales de comunicación entre los operadores de los programas del ICBF y las comunidades, de ello dan cuenta la invitación enviada para adelantar una reunión el pasado 23 de junio, y que reposa en las pruebas enviadas por dicho instituto, así como el acta suscrita en tal fecha, y que da cuenta del compromiso tanto de las comunidades, como de los operadores y el ICBF de iniciar un proceso de concertación, que atienda las necesidades

particulares de la comunidad, y que permita maximizar el enfoque diferencial en desarrollo de los programas de primera infancia que lleva a cabo tal instituto en los municipios de Polonuevo y Repelón. Por tal razón, procederá la Corte Constitucional a confirmar parcialmente la decisión de tutela del 17 de marzo de 2016 proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla – Sala Civil, haciendo un llamado a que se agilicen los procesos de concertación en los términos previstos en la presente sentencia, y que en modo alguno dichos trámites pueden ser usados como excusa para suspender o terminar los programas de primera infancia a los niños y niñas de las comunidades de Repelón y Polonuevo, máxime cuando allí se encuentran niños que no hacen parte de comunidades étnicas, y que se encuentran en alto riesgo de ver vulnerados sus derechos fundamentales, como dan cuenta los informes de la Contraloría General de la República.

145. Asimismo, considera necesario esta Sala de Revisión hacer un llamado al compromiso especial de parte de los entes de control, a saber, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, para que en el marco de sus competencias, constitucionales y legales:

(a) dediquen sus esfuerzos prioritariamente a la vigilancia de contratos y convenios dedicados a la provisión de servicios de los programas de primera infancia del ICBF, para evitar que los recursos que se han aplicado para los mismos se desperdicien o desvíen a fines ajenos al cumplimiento del interés superior de los menores de edad de las comunidades de Repelón y Polonuevo (afro descendientes o no); y

(b) realicen un acompañamiento a los procesos de concertación que se adelantan o se lleguen a adelantar en un futuro entre el ICBF, los operadores de sus programas de primera infancia, y las comunidades afrodescendientes de los municipios de Repelón y Polonuevo, ello con el fin, no sólo de garantizar un proceso de concertación en pie de igualdad, sino que tenga en cuenta la prevalencia de los derechos de los niños, la necesidad de satisfacer de manera pronta y prioritaria sus necesidades básicas, así como la búsqueda de una contratación y ejecución presupuestal transparente.

De la misma forma, las autoridades de vigilancia y control, deben adoptar mecanismos que les permitan dar curso prioritario a las investigaciones abiertas y en curso, y de ser necesario, procedan a realizar un cruce de información entre dichos entes de control, para

tener la información más completa posible que permita tomar todas las medidas del caso.

Análisis de fondo con relación al expediente T-5.513.714

146. En este caso particular, esta Sala debe pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, autonomía, participación y libre desarrollo, identidad cultural y a una alimentación pertinente con las costumbres y tradiciones de las Comunidades Negras y Afrocolombianas del Departamento del Cesar, por parte del Ministerio de Educación Nacional, el Municipio de Valledupar, el Municipio de Chiriguaná y el Municipio de La Jagua de Ibirico, al no haber realizado la concertación y consulta previa con dichas comunidades para la selección de los operadores de los PAE.

147. Por lo anterior, en primer lugar, resulta necesario establecer si en este caso se cumple con los requisitos para que sea garantizado el derecho fundamental a la consulta previa. Como se resaltó a lo largo de esta providencia, la consulta previa es obligatoria cuando (i) se adoptan medidas susceptibles de afectar pueblos indígenas y tribales (incluyendo las comunidades afro descendientes) en su calidad de tales, y también, (ii) cuando se trata de una afectación específica y directa, no de cualquier tipo.

148. Respecto de la primera condición, consistente en que debe tratarse de comunidades culturalmente diferenciadas quienes sean las afectadas por un proyecto o decisión determinada, la Sala evidencia que el accionante, en este caso, representa comunidades afro descendientes, que cuentan con ciertas características, tradiciones y costumbres propias que las distinguen del resto del pueblo colombiano, tal como se desprende del concepto del ICANH y por parte del mismo accionante en las pruebas allegadas a este proceso. Lo anterior evidencia en este caso concreto la configuración del elemento objetivo requerido, en la medida en que del acervo probatorio se desprende la existencia de ciertos elementos diferenciados y diferenciables que conllevan a comprobar la existencia de una comunidad étnica individualizada.

Por su parte, en cuanto al elemento subjetivo, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión, es de resaltar que el propio accionante, tanto en su demanda de tutela, como al dar respuesta a las pruebas solicitadas por esta Sala, expresó diversas características que

permiten denotar la percepción de individualidad y pertenencia que definen a este elemento, llevando igualmente a concluir que este requisito se cumple a cabalidad, en la medida en que se demuestra que los miembros de la comunidad se identifican con ella.

149. En relación con el segundo requisito, esto es, la comprobación de una afectación directa, esta Corte ha señalado 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[119]. 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.

150. En el caso aquí estudiado, el accionante alega que la falta de concertación y consulta con sus consejos comunitarios, en cuanto a la escogencia de los operadores de los PAE en los municipios accionados, afecta las tradiciones, valores, cultura y autonomía de las comunidades por él representadas. Para esta Sala, la escogencia de determinado operador del PAE no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa en la identidad cultural de las comunidades representadas por el accionante, pues las tradiciones alimentarias de estas comunidades pueden ser garantizadas incluso por un operador que no pertenezca a la misma. 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, protegiendo así la identidad cultural de la misma. Por esa razón, no se ve acá cómo la selección del operador afecte de manera directa la identidad de la comunidad afrodescendiente y, por ende, no se encuentra demostrado el elemento esencial que conllevaría a la necesidad de realizar una consulta previa para dicha contratación.

151. En este mismo sentido, conviene destacar que el derecho a la concertación o consulta previa no incorpora el deber de contratar con un operador específico. Es importante anotar 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.

Llama la atención la Sala sobre el hecho que la concertación o la consulta previa no pueden ser usadas como mecanismos 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 PAE, 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, 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.

Para lo anterior, se requiere que los contratos suscritos sean claros en el establecimiento de metas y tiempos de cumplimiento estrictos, que permitan a la vez a los organismos de control ejercer una vigilancia precisa y pronta, que evite que la corrupción entorpezca la provisión de los servicios que requieren los menores de edad habitantes del departamento del César.

152. Al respecto, es importante anotar que los PAE se encuentran regulados por el Decreto 1852 de 2015, reglamentado por la Resolución 16432 de octubre del mismo año, en la cual se establecieron los lineamientos y forma operativa del programa. Bajo este esquema regulatorio, el artículo 4.2 de la Resolución 16432 de 2015 establece que “[l]as Entidades Territoriales que ejecuten los recursos presupuestales deben adelantar oportunamente los procesos de contratación necesarios para garantizar el suministro del complemento alimentario desde el primer día del calendario escolar”, resaltando que la contratación debe adelantarse “de acuerdo con las modalidades y el procedimiento establecido por las normas de contratación pública”. Así mismo, este artículo continúa estableciendo ciertas condiciones mínimas de experiencia y capacidad financiera con las que deben cumplir los operadores que se contraten[120].

Sumado a lo anterior, este artículo establece que en los territorios indígenas el PAE será contratado con los resguardos, cabildos, autoridades tradicionales indígenas, asociación de autoridades tradicionales indígenas y organizaciones indígenas. Sin embargo, menciona en

su último inciso que “[e]n caso de que las organizaciones étnicas no puedan operar el Programa, el operador contratado deberá generar espacios de diálogo para establecer acuerdos que permitan garantizar la atención diferencial” resaltando que los aspectos mínimos para generar consensos son: “i) Forma de vinculación de las manipuladoras de alimentos pertenecientes a grupos étnicos; ii) Ciclos de menús diferenciales, es decir, con inclusión de alimentos y preparaciones autóctonos acorde a sus usos y costumbres; iii) Compras locales a proveedores del grupo étnico”.

153. Como se desprende de lo anterior, la regulación sobre los PAE en Colombia contiene un enfoque diferencial que busca garantizar los derechos de las comunidades étnicas en el país. Esto se ve, de manera más evidente, en el artículo 7.3 de la misma Resolución 16432 de 2015, cuando señala que “[l]a inclusión social en el Programa de Alimentación Escolar es comprendida como las acciones que se realizan para lograr que los grupos que han sido social e históricamente excluidos por sus condiciones de desigualdad o vulnerabilidad puedan ejercer su derecho a la participación y sean tenidos en cuenta en las decisiones que les involucran [lo cual a su vez] implica la atención diferencial a Grupos Étnicos y la promoción de compras locales”.

En igual sentido, el artículo 7.2, titulado “Enfoque de Derechos para a Atención Diferencial para Grupos Étnicos”, del Anexo 3 de la Resolución 16432 de 2015, se plasma de manera expresa el enfoque diferencial que subyace al funcionamiento de los PAE, destacando como acciones que se dirigen hacia ese objetivo que “las organizaciones étnicas podrán ser contratadas para la operación del servicio, siempre y cuando cumplan los requisitos para garantizar calidad en la prestación del servicio”.

Este artículo nuevamente destaca que en caso de que las organizaciones étnicas no puedan operar el PAE, el operador elegido deberá “generar espacios de diálogo para establecer acuerdos que permitan garantizar la atención diferencial”. Así, señala que como resultado de las reuniones celebradas en este sentido, “se deberá remitir a la ETC copia del acta debidamente diligenciada y firmada por las autoridades tradicionales que dé cuenta de los acuerdos logrados y los compromisos adquiridos por las partes junto con el Plan de Alistamiento”.

Para terminar, este artículo menciona que “[e]l operador, la ETC y la comunidad deberán

garantizar que la realización [de] dichas reuniones o procesos de acuerdo o concertación no retrasen ni interfieran con los tiempos de atención de alimentación escolar”.

154. Así las cosas, en los términos expuestos en el esquema regulatorio que regula los PAE, se debe garantizar que las comunidades puedan ser parte de la definición de los aspectos esenciales que permitirán garantizar el enfoque diferencial en dicho programa, dando cumplimiento a las funciones establecidas para las mismas, en el artículo 2.3.10.4.2 del Decreto 1852 de 2015[121] para el Ministerio de Educación, el artículo 3.3 de la Resolución 16432 de 2015[122] para el Municipio de Valledupar y el artículo 3.4[123] de la misma Resolución para los Municipios de La Jagua de Ibirico y Chiriguaná.

155. No obstante lo anterior, destaca la Sala el hecho que en la medida en que los PAE benefician a menores de edad que no se identifican o reconocen como afro descendientes, negros o palenqueros, todos los agentes involucrados en la atención de las necesidades de dichos menores de edad que estos gozan de un estatus jurídico especial, lo cual implica que sus derechos prevalecen respecto de los derechos de los demás, siendo responsables la familia, la sociedad y el Estado. Por lo cual, atendiendo a las particularidades de la población de niños del Departamento del Cesar quienes se encuentran en una situación de pobreza, desplazamiento, han sido víctimas de la violencia, entre otros factores que afectan el derecho a la vida de los menores de edad, bajo ninguna circunstancia las tradiciones y valores de las comunidades afro descendientes pueden poner en riesgo el interés superior del niño, y el Estado podrá proceder de forma inmediata a proteger los derechos de los niños, incluso sin tener que concertar con los comunidades, bien sea porque se intentó y no se pudo concertar o bien porque la situación de apremio lo impide. Las medidas que adopte de forma inmediata el Estado, deben ser razonables y proporcionales, de cara a proteger el interés superior del menor, lo que supondrá hacerlo prevalecer sobre otros intereses que, aunque legítimos, deben dar paso a la realización de los derechos de los niños.

Es por lo anterior que el escenario de concertación requerido para los PAE con enfoque diferencial, no puede significar en modo alguno la suspensión de la prestación de los servicios de alimentación a los menores de edad que habitan en el Departamento del Cesar, ello como consecuencia de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños (ver supra Sección E, numerales 94 y siguientes de esta sentencia). Teniendo en cuenta lo

anterior, dada la necesidad de prestar de forma inmediata e ininterrumpida los PAE, en este caso, 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. Por lo cual, en lo que concierne a los contratos que se encuentran actualmente en ejecución por parte de las entidades accionadas, para el desarrollo de los PAE, la Corte no hará un llamado a que los mismos sean terminados, por no haber sido celebrada la consulta previa que garantizará el enfoque diferencial en la ejecución de los menús brindados a los menores de edad habitantes del Departamento del Cesar, y por el contrario advertirá que los mismos se continúen ejecutando en aras de garantizar la continuidad en la prestación de dichos servicios a favor de los menores de edad habitantes en dicho departamento.

156. Sin embargo, considera la Sala que en los contratos que se lleguen a celebrar a futuro con las entidades accionadas para la prestación de los servicios asociados a los PAE, dichas entidades accionadas deberán observar e implementar los criterios que permitan asegurar una concertación que respete el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades accionantes, y que de esta forma se garantice el enfoque diferencial que permita proteger los elementos que identifican a las comunidades afro descendientes habitantes de dicho departamento. Asimismo, ello implica que los espacios no deben ser de naturaleza únicamente informativa, en tanto se deben asegurar espacios en los cuales sean tenidos en cuenta los intereses y necesidades de la comunidad.

Como se mencionó en la solución al caso precedente, en el caso de intentar dichos mecanismos de concertación, los mismos no podrán durar indefinidamente, por cuanto el derecho fundamental de las comunidades a la consulta previa debe ceder en aquellas ocasiones en las que se verifique la afectación de los derechos fundamentales de sus miembros por causa del ejercicio de dicho derecho, y con mayor razón, cuando los afectados son los niños. En consecuencia, si vencido un término prudencial de un mes para realizar la concertación o consulta, no se logra un acuerdo, nuevamente siguiendo el principio de protección del interés superior de los niños, le corresponderá a las autoridades del Estado competentes o entidades accionadas, adoptar las medidas que sean razonables y proporcionales, que permitan maximizar la eficacia y garanticen la protección de los derechos tanto de los menores de edad pertenecientes a las comunidades accionantes, así como de los niños que no se reconocen como miembros de las mismas.

157. En consecuencia, esta Sala ordenará que a las comunidades representadas por el accionante les sea garantizado el derecho fundamental a la consulta previa por parte de las entidades accionadas en cualquier contratación futura que se realice, para efectos de garantizar que los PAE respeten e incluyan un enfoque diferencial que proteja la identidad de las comunidades accionantes. Dichas entidades deberán convocar a espacios de diálogo entre los operadores de los PAE y la comunidad, los cuales se deberán adelantar buscando consensos y sin afectar la continuidad de la prestación del servicio de alimentación escolar. Por tal razón, procederá la Corte Constitucional a revocar las decisiones de instancia en el caso particular.

158. Finalmente, al igual que en el caso precedente, considera necesario esta Sala de Revisión hacer un llamado al compromiso especial de parte de los entes de control, a saber, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, para que en el marco de sus competencias, constitucionales y legales:

(a) dediquen sus esfuerzos prioritariamente a la vigilancia de contratos y convenios dedicados a la provisión de servicios de los PAE bajo la competencia de las entidades accionadas, para evitar que los recursos que se han aplicado para los mismos se desperdicien o desvíen a fines ajenos al cumplimiento del interés superior de los menores de edad de las comunidades del Departamento del Cesar (afro descendientes o no); y

(b) realicen un acompañamiento a los procesos de concertación que adelantarán las entidades accionadas o las autoridades competentes, los operadores de los PAE, y las comunidades afrodescendientes del Departamento del Cesar, ello con el fin, no sólo de garantizar un proceso de concertación en pie de igualdad, sino que tenga en cuenta la prevalencia de los derechos de los niños, la necesidad de satisfacer de manera pronta y prioritaria sus necesidades básicas, así como la búsqueda de una contratación y ejecución presupuestal transparente.

De la misma forma, las autoridades de vigilancia y control, deben adoptar mecanismos que les permitan dar curso prioritario a las investigaciones abiertas y en curso, y de ser necesario, procedan a realizar un cruce de información entre dichos entes de control, para tener la información más completa posible que permita tomar todas las medidas del caso.

G. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

159. María Teresa Cataño Ruiz representante del Consejo Comunitario Afro de Polonuevo, y Argemiro Cabarcas representante del Consejo Comunitario Afro de Repelón, departamento del Atlántico, interponen acción de tutela con el fin de que les sean garantizados los derechos que les asisten a las comunidades afrodescendientes de dichos municipios a la consulta previa, la concertación, la autonomía, la participación y libre desarrollo, a la identidad cultural y a una educación pertinente.

160. El señor José Tomás Márquez Fragoso, obrando en calidad de Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Cesar, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, el Municipio de Valledupar (Cesar), el Municipio de la Jagua Ibirico (Cesar) y el Municipio de Chiriguaná (Cesar), por la violación de los derechos fundamentales de las comunidades negras y afrodescendientes por él representadas a la consulta previa, autonomía, participación, libre desarrollo, identidad cultural y a una alimentación pertinente y acorde con sus costumbres y tradiciones afro, buscando que se ordenara a la autoridades convocadas a realizar la concertación y consulta con sus consejos comunitarios para la escogencia de un operador para los PAE, o que éstos fueran operados por sus Consejos afro.

161. Por lo anterior, le correspondió a esta Sala determinar si las entidades accionadas efectivamente vulneraron los derechos fundamentales invocados por los accionantes, al no realizar la concertación y consulta previa con las comunidades étnicas, para la selección de los operadores de los PAE en los municipios de Valledupar, Chiriguaná y La Jagua de Ibirico, y en la selección de los operadores de los programas de primera infancia que maneja el ICBF en los municipios de Polonuevo y Repelón.

162. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

a. La consulta previa es obligatoria cuando (i) se adoptan medidas susceptibles de afectar pueblos indígenas y tribales (incluyendo comunidades afro descendientes), en su calidad de tales (en este último caso, siempre que se evidencie el elemento objetivo y

subjetivo requerido) y también, (ii) cuando se trata de una afectación específica y directa a los derechos de dicha comunidad. Analizados los casos concretos, se concluyó que se cumplía en los dos casos con los elementos objetivo y subjetivo requeridos para determinar los sujetos sobre los cuales recae la consulta previa, en la medida en que los accionantes poseen características, tradiciones y costumbres propias, las cuales son reconocidas por sus propios miembros, quiénes se reconocen como parte de las comunidades accionantes de forma individual.

b. No obstante lo anterior, al analizar la afectación directa de la medida aparentemente vulneradora de los derechos de la comunidad, esto es, la selección de los operadores de los PAE y de los programas de infancia del ICBF sin realización de consulta previa, no consideró la Sala que este hecho configurara una afectación que incidiera en la identidad cultural de las comunidades accionantes, en la medida en que la alimentación diferenciada podía ser garantizada por operadores que incluso no pertenecieran a dicha comunidad, y en el mismo sentido, la educación diferenciada podía ser garantizada por operadores que no pertenecieran a la comunidad. 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. Así mismo, se destacó que exigir la realización de una consulta previa para la selección del operador interferiría con la prestación del servicio de alimentación escolar, afectando los derechos de los niños, y son dichos derechos los que prevalecen en el ordenamiento colombiano.

c. Llama la atención la Sala sobre el 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 alimentación, 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, 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.

d. Destacó la Sala que en la medida en la que se evidenció un interés superior de los menores de edad, se acepta como una limitación válida al derecho a la consulta previa, por lo cual, no ordenó dar por terminados los contratos que se ejecutan actualmente, con el objetivo único de asegurar la ininterrumpida e inmediata prestación de los servicios de dichos programas a los menores de edad que habitan en la región, privilegiando de esta forma el interés superior de los menores de edad (afro descendientes o no) habitantes en las comunidades accionadas.

163. Así entonces, considerando que la garantía de los derechos fundamentales de los niños son prevalentes, y no pueden suspenderse en razón a la realización de una concertación, la Corte en el caso T-5.505.506 confirmará parcialmente la decisión de la Sala Segunda de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que ordenó la realización de concertaciones con los operadores actuales de los contratos de los programas del ICBF en los municipios de Polonuevo y Repelón (Atlántico). Éstas deberán adelantarse de manera ágil, garantizando la continuidad de la prestación del servicio en los términos previstos en la presente sentencia, y que en modo alguno dichos trámites pueden ser usados como excusa para suspender o terminar los programas de primera infancia a los niños y niñas de las comunidades de Repelón y Polonuevo, máxime cuando allí se encuentran niños que no hacen parte de comunidades étnicas, y que se encuentran en alto riesgo de ver vulnerados sus derechos fundamentales, como dan cuenta los informes de la Contraloría General de la República.

164. En el expediente T-5.513.714, la Corte ordenará que a las comunidades representadas por el accionante les sea garantizado el derecho fundamental a la consulta previa por parte de las entidades accionadas en cualquier contratación futura que se realice, para efectos de asegurar que la implementación de los PAE respete el enfoque diferencial de las comunidades accionantes. Dichas entidades deberán convocar a espacios de diálogo entre los operadores de los PAE y la comunidad, los cuales se deberán adelantar buscando consensos y sin afectar la continuidad de la prestación del servicio de alimentación escolar. Por tal razón, procederá la Corte Constitucional a revocar el fallo de tutela del ocho (8) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del cinco (5) de febrero de dos mil dieciséis (2016) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia – Laboral, por las razones expuestas en la presente sentencia.

165. Por último, se hace un llamado al compromiso especial de los entes de control, para que estos dediquen sus esfuerzos prioritariamente a la vigilancia de contratos y convenios dedicados a la prestación de los servicios bajo los programas de atención de la infancia operados por el ICBF, y los PAE operados por las entidades territoriales, para evitar que los recursos que se han aplicado para los mismos se desperdicien o desvíen a fines ajenos al cumplimiento del interés superior de los menores de edad de las comunidades de Repelón y Polonuevo (afro descendientes o no); y realicen un acompañamiento a los procesos de concertación que se adelantan entre el ICBF, los operadores de sus programas de primera infancia, y las comunidades afrodescendientes de los municipios de Repelón y Polonuevo, ello con el fin, no sólo de garantizar un proceso de concertación en pie de igualdad, sino que tenga en cuenta la prevalencia de los derechos de los niños, la necesidad de satisfacer de manera pronta y prioritaria sus necesidades básicas, así como la búsqueda de una contratación y ejecución presupuestal transparente. De la misma forma, las autoridades de vigilancia y control, deben adoptar mecanismos que les permitan dar curso prioritario a las investigaciones abiertas y en curso, y de ser necesario, procedan a realizar un cruce de información entre dichos entes de control, para tener la información más completa posible que permita tomar todas las que sean medidas del caso

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Segundo.- REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia del ocho (8) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual confirmó la sentencia del cinco (5) de febrero de dos mil dieciséis (2016) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil – Familia – Laboral y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la consulta previa de las Comunidades Negras y Afrocolombianas del Departamento del Cesar, bajo el entendido que dicha concertación no puede ser usada como excusa para suspender o terminar los PAE que benefician a los niños y niñas de las comunidades de mencionadas y que se encuentran

actualmente en curso, máxime cuando allí se encuentran niños que no hacen parte de comunidades étnicas. Los procesos de concertación y consulta de las comunidades, se realizarán respecto de contratos que se celebren a futuro en el marco de los PAE y que afecten directamente a dichas comunidades afro descendientes del Departamento del Cesar en lo que respecta al enfoque diferencial de dichos programas, pero en modo alguno podrá usarse para determinar un operador específico. Tales procesos de concertación y consulta deberán adelantarse de la manera más ágil posible, sin llegar a superar un mes luego de la formulación de la propuesta por parte de la entidad competente.

En caso de no llegarse a un acuerdo en este lapso, las respectivas autoridades estatales competentes adoptarán las medidas que sean del caso, haciendo una consideración razonable acerca de la compatibilidad de las mismas con los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades afro descendientes del Departamento del Cesar, teniendo siempre como objetivo fundamental la realización del interés superior del menor.

Tercero.- INSTAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría de Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República para que en el marco de sus competencias constitucionales y legales:

(i) Dediquen sus esfuerzos prioritariamente a la vigilancia de contratos y convenios dedicados a la provisión de servicios de los programas de primera infancia del ICBF y del PAE en los municipios en los que habitan las comunidades accionantes, para evitar que los recursos que se han destinado para los mismos se desperdicien o desvíen a fines ajenos al cumplimiento del interés superior de los menores de edad de dichas comunidades y municipios (bien sean afro descendientes o no).

(ii) Realicen un acompañamiento a los procesos de concertación o consulta previa que se adelanten entre las entidades accionadas, los operadores de sus programas, y las comunidades afro descendientes, ello con el fin, no sólo de garantizar un proceso de concertación o consulta previa en pie de igualdad, sino que tenga en cuenta la prevalencia de los derechos de los niños, la necesidad de satisfacer de manera pronta y prioritaria sus necesidades básicas, así como la búsqueda de una contratación y ejecución presupuestal transparente.

(iii) Adopten mecanismos que les permitan dar curso prioritario a las investigaciones

abiertas y en curso, y de ser necesario, procedan a realizar un cruce de información entre dichos entes de control, para tener la información más completa posible que permita tomar todas las medidas del caso.

Cuarto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Ratio decidendi no es clara por cuanto la ponencia no define si las comunidades afrocolombianas y negras tienen el derecho a la consulta previa o si deben sujetarse a las reglas de contratación pública (Salvamento de voto)

La ratio decidendi no es clara y contundente, pues en principio afirma que las comunidades negras y afrodescendientes no tienen el derecho a la consulta previa para escoger a los miembros de la comunidad para los programas de primera infancia y del PAE. Sin embargo, la ponencia después sostiene que dichas comunidades sí tienen el derecho a realizar la consulta previa para escoger a los miembros que lleven a cabo los programas que benefician a los menores de edad. Así las cosas, la ponencia no define si las comunidades afrocolombianas y negras tiene el derecho a la consulta previa o si deben sujetarse a las reglas de contratación pública para seleccionar a los operadores de los programas de la primera infancia y del PAE.

CONTRATACION PUBLICA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Consulta previa no tiene la facultad de desplazar los mecanismos de contratación pública que fueron previstos para la selección de un contratista (Salvamento de voto)

El derecho a la consulta previa de las comunidades negras y afrocolombianas no tiene la facultad de desplazar los mecanismos de contratación pública que fueron previstos para la selección de un contratista. En otras palabras, la consulta previa no puede ser usada como un mecanismo para burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación de un operador. De esta manera, si una comunidad o consejo comunitario desea presentarse como candidato para operar los programas de primera infancia y del PAE, debe cumplir con los requisitos que las leyes de contratación y los pliegos de condiciones impongan para el proceso, sin que su origen étnico se convierta en un factor decisivo.

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental del cual son titulares las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas (Salvamento de voto)

La sentencia solamente hace referencia al derecho a la consulta previa de las comunidades

negras y afrocolombianas, y olvida que este derecho también se encuentra en cabeza de los indígenas, raizales, palenqueros y gitanos. Así pues, es claro que el mecanismo de la consulta previa no es una prerrogativa exclusiva de los grupos afrocolombianos y negros, sino también de otras colectividades vulnerables que representan la diversidad cultural del Estado Social de Derecho.

Referencia: Expedientes T-5.505.506 y T-5.513.506, acumulados.

Acción de tutela presentada por María Teresa Cataño y otros, representantes de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (T-5.505.506); y José Tomás Márquez Fragoso, Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Cesar, contra el Ministerio de Educación y otros (T-5.513.506).

Asunto: Derecho a la consulta previa de las comunidades negras y afrodescendientes.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar el voto en la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Tercera de Decisión de tutelas, en sesión del 1 de septiembre de 2016.

1. La providencia de la que me aparto estudió las tutelas presentadas por algunos representantes de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y Afrodescendientes de los municipios de Polonuevo, Suan, Repelón y Santa Lucía, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (T-5.505.506); y de José Tomás Márquez Fragoso, Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Cesar, contra el Ministerio de Educación y Otros (T-5.513.506).

El segundo caso analizó la tutela presentada por el Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Cesar, en contra del Ministerio de Educación Nacional y los Municipios de Valledupar, la Jagua de Ibirico y Chiriguaná. El

demandante sostuvo que en virtud del Decreto 1853 de 2015 y la Resolución 1632 del mismo año, las autoridades públicas deben realizar un proceso de “concertación” con las comunidades para que se pongan de acuerdo en la operación del Programa de Alimentación Escolar (en adelante PAE). No obstante, indicó que las autoridades demandadas no han adelantado dichas consultas.

Por otro lado, argumentó que los consejos comunitarios afrodescendientes de los municipios de Valledupar, La Jagua de Ibirico y Chiraguaná se encuentran registrados como territorios de comunidades negras víctimas del conflicto armado, por lo que tienen la prioridad al momento de la concertación y atención de sus niños.

Finalmente, manifestó que el PAE se le entregó a autoridades que son externas a su comunidad y desconoce sus “tradiciones de cocina, alimentos, de su preparación, de en qué época se come determinado alimento de acuerdo a su cosmovisión”, y además, no desarrollan un enfoque diferencial afrodescendiente.

2. En el expediente T-5.505.506, la mayoría de la Sala decidió confirmar parcialmente la sentencia proferida por la Sala Segunda de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por medio de la cual se concedió la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa de las comunidades de Repelón y Polonuevo y ordenó que adelantara el proceso de concertación para la implementación del Plan de Primera Infancia en las Comunidades representadas por el Consejo Comunitario SUTO-GUE Polonuevo Afro y Etnico del Municipio de Polonuevo y el Consejo Comunitario de las Comunidades Negras de Repelón “MAGEN DE MI”, del municipio de Repelón, bajo el entendido de que dicha concertación no puede ser usada como excusa para suspender o terminar los programas que están en curso actualmente.

Asimismo, en el caso T-5.513.714 la Sala resolvió revocar la sentencia proferida el 8 de abril de 2016 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y en su lugar, tutelar el derecho fundamental a la consulta previa de las Comunidades Negras y Afrocolombianas del Departamento del Cesar, bajo el entendido de que dicha concertación no puede ser usada como excusa para suspender o terminar los programas que están actualmente en curso, máxime cuando allí se encuentran niños que no hacen parte de comunidades étnicas.

En ambos casos, la Sala ordenó que los procesos de participación y de consulta debían ser realizados respecto de contratos que se celebren a futuro en el marco de los programas que afecten directamente a dichas comunidades, pero que no podrían usarse para determinar un operador jurídico determinado. De igual manera, ordenó que estos procesos deben adelantarse de la manera más ágil posible, y no podrán durar más de un mes después de que se presente una propuesta por parte de la entidad. En caso de no llegarse a un acuerdo en este lapso, las respectivas autoridades adoptarán las medidas que sean del caso, y harán una consideración razonable acerca de la compatibilidad de las mismas con los usos y costumbres y tradiciones de las comunidades afro descendientes con el objetivo de garantizar en todo momento el interés superior de los menores de edad.

Por último, instó a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que: (i) dedicaran sus esfuerzos prioritariamente a la vigilancia de contratos y convenios dedicados a la provisión de servicios de los programas de primera infancia del ICBF y del Plan de Alimentación Escolar, para evitar que los recursos que se han destinado para los mismos, se desperdicien en temas diferentes a proteger el interés superior de los niños y niñas; (ii) realizaran un acompañamiento a los procesos de consulta previa, con el fin de que se tenga en cuenta que se garanticen los derechos de los menores de edad, así como la búsqueda de una contratación y ejecución presupuestal transparente; y (iii) adoptaran mecanismos que les permitan dar curso prioritario a las investigaciones abiertas, y en curso, y de ser necesario procedan a realizar un cruce de información más completa posible que permita tomar todas las medidas del caso.

3. Disiento de la posición mayoritaria porque considero que en los casos analizados: (i) la ratio decidendi no es clara y contundente, y (ii) se omitió el análisis del derecho fundamental a la consulta previa de otras minorías que también detentan este derecho y que no son comunidades afrocolombianas o negras.

En efecto, al analizar el caso concreto la Sala afirma que el derecho a la consulta previa no incorpora el deber de contratar un operador específico. Asimismo, enfatiza que dicho mecanismo no puede ser utilizado para “(...) burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación, por tal razón si una comunidad o consejo comunitario dese presentarse como candidato a operador de los programas de primera infancia del ICBF

[o de alimentación escolar], 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 (...) “.

Incluso, la Sala sostiene que la escogencia de un operador determinado no tiene la vocación 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 éstas, pueden ser garantizadas incluso por un operador que no pertenezca a las mismas. De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que los proyectos de alimentación y de primera infancia que se encuentran en curso deben ser ejecutados bajo las leyes de la contratación pública.

No obstante, la sentencia después sostiene que dichas comunidades sí son titulares del derecho a la consulta previa y que para futuros contratos, se debe garantizar el proceso de participación de las comunidades. En este sentido, insiste que se debe respetar este derecho fundamental para que en lo sucesivo se puedan crear programas que reflejen un enfoque diferencial.

En este orden de ideas, la ratio decidendi no es clara y contundente, pues en principio afirma que las comunidades negras y afrodescendientes no tienen el derecho a la consulta previa para escoger a los miembros de la comunidad para los programas de primera infancia y del PAE. Sin embargo, la ponencia después sostiene que dichas comunidades sí tienen el derecho a realizar la consulta previa para escoger a los miembros que lleven a cabo los programas que benefician a los menores de edad.

Así las cosas, la ponencia no define si las comunidades afrocolombianas y negras tienen el derecho a la consulta previa o si deben sujetarse a las reglas de contratación pública para seleccionar a los operadores de los programas de la primera infancia y del PAE.

4. Sin perjuicio de lo anterior, se debe resaltar que el derecho a la consulta previa de las comunidades negras y afrocolombianas no tiene la facultad de desplazar los mecanismos de contratación pública que fueron previstos para la selección de un contratista. En otras palabras, la consulta previa no puede ser usada como un mecanismo para burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación de un operador. De esta manera, si una comunidad o consejo comunitario desea presentarse como candidato para

operar los programas de primera infancia y del PAE, debe cumplir con los requisitos que las leyes de contratación y los pliegos de condiciones impongan para el proceso, sin que su origen étnico se convierta en un factor decisivo.

De hecho, es factible que las entidades públicas establezcan medidas de acción afirmativa en la contratación para seleccionar la mejor oferta dentro de los oferentes que se presenten y que gocen de las condiciones particulares que la cosmovisión indígena exige.

Asimismo, los procesos de selección pública aseguran que el contratista sea el más calificado y capacitado para prestar los servicios de los programas de primera infancia y del PAE, de modo que se garantiza que la satisfacción del interés general y de los derechos fundamentales de los menores de edad.

No se puede dejar de lado que algunos de los menores de edad que son beneficiados de los programas de primera infancia y de alimentación escolar, no hacen parte de alguna comunidad negra o afrocolombiana. En este sentido, extender el mecanismo de la consulta previa a otros grupos, no solo puede dificultar la protección inmediata de los derechos fundamentales de estos sujetos de especial protección constitucional, sino también, dificulta la concertación con las comunidades.

5. Finalmente, la sentencia solamente hace referencia al derecho a la consulta previa de las comunidades negras y afrocolombianas, y olvida que este derecho también se encuentra en cabeza de los indígenas, raizales, palenqueros y gitanos[124]. Así pues, es claro que el mecanismo de la consulta previa no es una prerrogativa exclusiva de los grupos afrocolombianos y negros, sino también de otras colectividades vulnerables que representan la diversidad cultural del Estado Social de Derecho.

6. En este orden de ideas, expongo las razones que me llevan a salvar el voto con respecto a las consideraciones y la decisión que se adoptó en la sentencia T-425 de 2016.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Es importante mencionar que el escrito de tutela, hace una referencia a los municipios de Suan y Santa Lucía. Sin embargo, no se evidencia por parte de la apoderada, los

documentos que acrediten la representación por parte de estos municipios. Como se observará más adelante, en sede de revisión ante la Corte Constitucional, les fueron solicitadas pruebas de forma directa, pero no se obtuvo respuesta alguna por parte de dichas entidades territoriales.

[2] Según consta en el cuaderno principal, folio 2, escrito de tutela.

[3] Según consta en el cuaderno principal, folio 2, escrito de tutela.

[4] Según consta en el cuaderno principal, folio 3, escrito de tutela.

[5] Según consta en el cuaderno principal, folio 6, escrito de tutela.

[6] Según consta en el cuaderno principal, folio 46.

[7] Según consta en el cuaderno 1, folio 58 al 60.

[8] Según consta en el cuaderno 1, folio 98 al 103.

[9] Según consta en el cuaderno 1, folio 1.

[10] *Ibíd.*

[11] *Ibíd.*

[12] Según consta en el cuaderno 1, folios 1 a 2.

[13] Según consta en el cuaderno 1, folios 29 a 35.

[15] Según consta en el cuaderno 1, folios 78 a 83.

[16] Según consta en el cuaderno 1, folios 110 a 112.

[17] Según consta en el cuaderno 1, folios 39 a 76.

[18] Según consta en el cuaderno 1, folios 13 a 15.

[19] Según consta en el cuaderno 1, folio 99.

[20] Según consta en el cuaderno 1, folio 157.

[21] Según consta en el cuaderno 2, folios 4 a 12.

[22] Expediente T-5513714. Cuaderno 1. Folio 30.

[23] Expediente T-5513714. Cuaderno 1. Folio 111.

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

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

[26] En este sentido, en la sentencia T-480 de 2011 la Corte dispuso que: “La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional. En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales”.

[27] Ver, sentencia T-576 de 2014.

[28] *Ibíd.*

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

[30] Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2004.

[31] Ver, sentencia T-055 de 2008.

[32] Ibíd.

[33] Ver, entre otras, sentencia T- 1110 de 2005.

[34] Ver, sentencia T-158 de 2006.

[35] Ver, sentencia T-055 de 2008

[36] Ver, sentencia T-547 de 2010.

[37] Según consta en el cuaderno 1, folio 7 y 16.

[38] Ver, sentencia T-049 de 2013.

[39] Según consta en el cuaderno 1, folio 7.

[40] Ver, ssentencia T-049 de 2013.

[41] Ver, sentencia T-129 de 2011.

[42] El Convenio 169 de la OIT fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 1991.

[43] La sentencia C-169 de 2001, que examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que reglamentó el artículo 176 de la Carta Política, discutió el alcance del término “tribal” contemplado en el Convenio 169 de la OIT. El fallo indicó que el término comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Lo anterior llevó a concluir que como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169, y por ende eran sujetos con derecho a la consulta previa.

[45] Cfr. Sentencia T-547 de 2010. Así mismo, ver sentencias C-169 de 2001, C-891 de

2002, C-030 de 2008 y T-154 de 2009.

[46] La inclusión de las comunidades afrodescendientes dentro de los grupos tribales con identidad diferenciada, titulares del derecho de consulta, ha sido sustentada por la jurisprudencia constitucional en los términos siguientes: //“En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu”. Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en “bandas”, “tribus”, “cacicazgos” y “Estados”, dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. ||Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. || De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata,

así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los “palenques”, pueblos de esclavos fugitivos o “cimarrones”, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto “grupo étnico”, es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T. || Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría “raza” ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos “raciales”. Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.” Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169 de 2001.

[47] Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997.

[48] Como fue señalado en la sentencia T-576 de 2014, “[d]e acuerdo con el instrumento internacional, sus Estados signatarios tiene la obligación de consultar i) aquellas medidas

que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales [Convenio 169, Artículo 15:1.]; ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan [Convenio 169, Artículo 16.1]; iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad [Convenio 169, Artículo 17.1]; iv) las medidas relacionadas organización (sic) y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional [Convenio 169, Artículo 22]; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno [Convenio 169, Artículo 27] y vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua [Convenio 169, Artículo 28]”.

[49] Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2014.

[50] Ver, sentencia SU-039 de 1997 reiterada en la sentencia T-1080 de 2012.

[51] Ver, entre otras sentencias T-129 de 2011 y T-462A de 2014.

[52] Ver, sentencias SU-039 de 1997 y C-175 de 2009.

[53] Ver, sentencia C-461 de 2008 y T-462A de 2014.

[54] Ver, sentencia C-461 de 2008.

[55] Ver, sentencia T-175 de 2009.

[56] Ver, entre otras, sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y T-769 de 2009.

[57] Ver, sentencia T-576 de 2014.

[58] Ver, sentencia T-349 de 1996.

[59] Ibíd.

[60] Ver, sentencia T-576 de 2014.

[61] Cfr. Ibíd.

[62] Al respecto, la sentencia C-239 de 2014 dispuso que: “[e]n varios artículos de la

Constitución y, en especial, en el artículo 44 de la misma se reconoce al niño como titular de los derechos fundamentales (i) a la vida, (ii) a la integridad física, (iii) a la salud, (iv) a la seguridad social, (v) a la alimentación equilibrada, (vi) a un nombre, (vii) a la nacionalidad, (viii) a tener una familia y a no ser separado de ella, (ix) a el cuidado y el amor, (x) a la educación, (xi) a la cultura, (xii) a la recreación y (xiii) a la libre expresión de su opinión. Esta enumeración no es taxativa, pues el niño, en tanto ser humano, goza también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia”.

[63] Ver sentencias T-510 de 2003 y 887 de 2009.

[64] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. En la sentencia C-355 de 2006, entre otras, la Corte reconoció que este instrumento forma parte del bloque de constitucionalidad.

[65] Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1996. En distintas oportunidades la Corte Constitucional ha reconocido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integra el bloque de constitucionalidad. Entre otras, ver sentencias C-504 de 2007 y C-046 de 2006.

[66] Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Entre muchas otras sentencias en las que la Corte ha manifestado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, ver sentencias C-401 de 2005 y C-355 de 2006.

[67] Ver sentencia T-884 de 2011.

[68] Ver sentencia T-881 de 2002.

[69] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 5, Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) , CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12. La Constitución Política expresamente señala que “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos

ratificados por Colombia”. Estos tratados internacionales prevén órganos especializados a los que se les encarga su interpretación y aplicación. Por lo tanto, los pronunciamientos de los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados son relevantes para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ver sentencias T-1319 de 2001 y C-355 de 2006, entre otras. Este criterio se refleja en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual en múltiples oportunidades ha tenido en cuenta decisiones de órganos como el Comité de Derechos del Niño (sentencia T-200 de 2014), el Comité de Derechos Humanos (sentencias C-010 de 2000 y C-728 de 2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (sentencias T-348 de 2012 y) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia C-010 de 2000, C-370 de 2006 y C-579 de 2013).

[70] Una sistematización completa del deber de protección de los niños puede encontrarse en: Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003.

[71] Ídem.

[72] Ver, sentencia T-139 de 2013.

[73] Ver, sentencia SU-696 de 2015.

[74] El interés superior del niño también se encuentra consagrado en los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[75] Ver, sentencia T-260 de 2012.

[76] Ver, sentencia C-683 de 2015.

[77] Ver sentencia T-510 de 2003.

[78] Ver, sentencia T-514 de 1998.

[79] Ver, sentencia T-510 de 2003.

[80] Ver, sentencia C-997 de 2004.

[81] Ver sentencia T-887 de 2009.

[82] Ver sentencia T-397 de 2004.

[83] Ídem.

[84] Ver, sentencia T-307 de 2006.

[85] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 191.

[86] Ídem.

[87] Ver, sentencias T-955 de 2013 y T-622 de 2014.

[88] Ver, sentencia T-510 de 2003.

[89] Constitución Política, Art. 44.

[90] Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Art. 18, num. 1.

[91] Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Art. 27.

[92] Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Arts. 5 y 18 num, 2,

[93] Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990.

[95] Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Arts. 9 num. 1 y 19.

[96] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

[97] Dice al respecto el numeral 3 del artículo 10 del mencionado instrumento: “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

[98] Adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

[99] Sentencia T-224 de 2005.

[100] UNICEF, La desnutrición infantil. Causas, consecuencias y estrategias para su prevención y tratamiento, noviembre de 2011, p. 10, disponible en: <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Dossierdesnutricion.pdf>.

[101] Consejo de Derechos Humanos, El derecho a la alimentación, Resolución 28/10, A/HRC/RES/28/10, 2 de abril de 2015, párr. 35.

[102] Sentencias T-348 de 2012 y T-606 de 2015.

[103] Sentencias T-348 de 2012 y T-606 de 2015.

[104] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11) : 12/05/99, E/C.12/1999/5, CESCR, párr. 6.

[105] *Ibíd.*, párr. 8.

[106] *Ibíd.*, párr. 12.

[107] *Ibíd.*, párr. 17

[108] *Ibíd.*, párr. 17.

[109] Ver, sentencia C-169 de 2001.

[110] Ver sentencia T-921 de 2013.

[111] Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 5, Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 22.

[112] Comunicación de 5 de agosto de 2016, S-2016-385957-0101 suscrita por Luz Karime Fernández Castillo, jefe de la Oficina Jurídica del ICBF. Pág. 28 a la 31.

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

[114] “Artículo 55º.- Definición de etnoeducación. Se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen

una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos.

“Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones.”

[115] Señala la Ley 115 de 1994: “Artículo 62º.- Selección de educadores. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano.

“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.

“El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley 60 de 1993.

“Artículo 63º.- Celebración de contratos. Cuando fuere necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos.”

Respecto de la “administración y gestión institucionales” los artículos 17 y siguientes del Decreto 804 de 1995 señalan que i) “los proyectos educativos institucionales de los establecimientos educativos para los grupos étnicos, definirán los calendarios académicos de acuerdo con las formas propias de trabajo, los calendarios ecológicos, las concepciones particulares de tiempo y espacio y las condiciones geográficas y climáticas respectivas”; ii) “en la organización y funcionamiento del gobierno escolar y en la definición del manual de convivencia en los establecimientos educativos para los grupos étnicos, se deberán tener

en cuenta sus creencias, tradiciones, usos y costumbres”.

[116] Así por ejemplo, en las sentencias T-116 de 2011 y T-355 de 2014.

[117] Comunicación de 5 de agosto de 2016, S-2016-385957-0101 suscrita por Luz Karime Fernández Castillo, jefe de la Oficina Jurídica del ICBF. Pág. 26.

[118] Contraloría General de la República. Informe de Auditoría, Política Pública Integral de Desarrollo y Protección Social Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia – De Cero a Siempre- Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad Para Todos”. Pág. 255.

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

- Acreditar experiencia específica en la prestación del servicio de suministro de alimentación a diferentes grupos poblacionales.
- La experiencia específica y la capacidad financiera solicitada a los proponentes debe ser mínimo equivalente al tiempo, cuantía del presupuesto y plazo de ejecución del proceso que se adelante.
- Acreditar la capacidad financiera en índices de endeudamiento, liquidez y capital de trabajo, según lo exigido en el proceso de contratación por parte de la Entidad Territorial.
- Los contratos presentados para acreditar experiencia deben estar terminados.
- La experiencia adquirida en consorcios o uniones temporales será tomada en cuenta de acuerdo con el porcentaje de participación en la unión temporal o consorcio, en la cual fue adquirida.
- Cuando en las certificaciones o contratos con actas de liquidación mediante las cuales se pretende acreditar experiencia se encuentren también relacionados bienes o servicios de características disímiles a las del objeto del proceso contractual, se tendrá en cuenta únicamente la experiencia correspondiente a la relacionada con el objeto del Programa”.

[121] Decreto 1852 de 2015. Artículo 2.3.10.4.2. Funciones del Ministerio de Educación Nacional. El Ministerio de Educación Nacional ejercerá las siguientes funciones en relación

con el Programa de Alimentación Escolar (PAE):

“6. Promover la participación ciudadana y el control social acorde con los principios de la democracia participativa y la democratización de la gestión pública de acuerdo con la normatividad vigente y de los Lineamientos Técnicos-Administrativos”.

[122] Resolución 16432 de 2015. 3.3. Entidades Territoriales Certificadas (ETC): Las Entidades Territoriales Certificadas (ETC) deben cumplir las siguientes funciones:

“h) Brindar atención con enfoque diferencial para los beneficiarios de los diferentes grupos étnicos;

t) Implementar y promover la participación ciudadana y el control social acorde con los principios de la democracia participativa y la democratización de la gestión pública”.

[123] Resolución 16432 de 2015. 3.4. Entidades Territoriales No Certificadas: Las entidades territoriales cumplirán las siguientes funciones:

“j) Implementar y promover la participación ciudadana y el control social acorde con los principios de la democracia participativa y la democratización de la gestión pública”.

[124] Ver entre otras las sentencias: T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-359 de 2015, M.P. Alberto Rojas RíosT-660 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.