

Sentencia T-667/17

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

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

La acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. De ahí que los medios ordinarios de control carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión o el incumplimiento a lo acordado. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y alta vulnerabilidad.

CONSULTA PREVIA-Contenido y alcance

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

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Reglas jurisprudenciales

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

Existe un deber de consulta de todas aquellas medidas que afecten derechos de

comunidades étnicas, incluso, tratándose de programas dirigidos a niños indígenas.

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

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

Referencia: Expediente No.: T- 6.251.830

Acción de tutela instaurada por Leonard Vallesilla Molina, representante legal del CONSEJO COMUNITARIO DE LA COMUNIDAD NEGRA Y AFRODESCENDIENTE DEL MUNICIPIO DE BARÚ, contra EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -NACIONAL Y REGIONAL BOLÍVAR-

Magistrado Sustanciador:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., tres (03) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, así como en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 19 de enero de 2017, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que revocó la sentencia pronunciada el 15 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento, providencias judiciales que resolvieron la acción

de tutela instaurada por el señor Leonard Vallesilla Molina, representante legal del Consejo de Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de Barú, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Nacional y Regional Bolívar-, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la consulta previa, al principio de autonomía, a la identidad cultural, a la participación real y efectiva, así como a una educación inicial con enfoque étnico diferencial.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del veinticuatro (24) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Siete, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Luis Guillermo Guerrero Pérez.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

1. Adujo el actor que el personal docente, los auxiliares, las enfermeras, nutricionistas, entre otros, contratados por el ICBF, no pertenecen a sus comunidades sino que provienen de otros lugares del país; tampoco conocen su territorio, ni implementan un enfoque diferencial en la educación de los niños afro. En su criterio, este hecho afecta la cultura, tradiciones, idiosincrasia, lengua, valores, nutrición tradicional de la comunidad negra de Barú, así como el principio de autonomía y autogobierno, máxime cuando estos proyectos tienen como destinatarios niños de cero a cinco años, y “esa edad es la que más se debe afianzar y salvaguardar enfoque étnico”.

1. En concordancia con lo anterior, el 2 de agosto de 2016, el actor presentó petición ante la Directora Regional del ICBF Bolívar, en el cual solicitó una concertación con el propósito de

que se implementara un enfoque étnico diferencial para la atención de los niños de la comunidad Barú, tal y como consta en la Resolución No. 2000 del 3 de abril de 2014, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. De la misma manera, requirió que se les permitiera escoger los operadores de los programas de primera infancia, con fundamento en el principio de autonomía y autogobierno.

1. El señor Leonard Vallesilla Molina aseveró que hasta la fecha de la presentación de la tutela, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no ha cumplido con las órdenes que la misma entidad impartió en el manual de contratación para la prestación del servicio que implica la realización de una consulta previa con las minorías étnicas del nivel departamental².

2. PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos relatados anteriormente el accionante solicita lo siguiente:

a. “Se amparen los derechos fundamentales a la consulta previa, a la autonomía, a la participación y libre desarrollo, a la identidad cultural y a una educación pertinente.

a. Que se realice la consulta previa con el consejo comunitario para que se escoja el operador con experiencia en la aplicación del enfoque étnico diferencial en los programas de primera infancia del ICBF en sus territorios.

a. Se ordene como medida cautelar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Nacional y Regional de Bolívar a abstenerse de celebrar cualquier contratación en este municipio hasta que no concerte con los consejos comunitarios la escogencia del operador.

a. Que se eleve consulta de manera preferente al Ministerio del Interior sobre el presente proceso y a la Procuraduría General de la Nación delegada para asuntos étnicos y para la primera infancia y a la Defensoría del Pueblo delegada para asuntos étnicos y al Ministerio de Cultura”.³

3. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

Entidades accionadas:

El Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, en auto de admisión del 31 de octubre de 2016, notificó a todas las entidades demandadas y ordenó que se pronunciaran sobre los hechos contenidos en el escrito de tutela:

3.1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bolívar⁴-, a través de apoderada judicial, indicó que el 10 de septiembre del año 2016, se realizó una reunión de concertación con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de Barú. En dicha consulta “se evidenció que al Consejo comunitario de Barú, le interesaba principalmente concertar qué operador administraría el programa de primera infancia en dicho corregimiento, ante lo cual propusieron que todos los cupos fuesen asignados a la FUNDACIÓN ATAOLE, recomendación que fue estudiada y adoptada en sesión del Comité de Contratación de la Regional Bolívar...”⁵. Acto seguido, relató que el ICBF -Regional Bolívar-contrató a dicha fundación, siendo beneficiados 13 hogares comunitarios de bienestar (12 tradicionales y uno FAMI).

Por otro lado, consideró que el accionante no cuenta con legitimación en la causa por activa por cuanto actúa en calidad de Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento de Bolívar, sin allegar documento que lo acredite. También aseveró que el actor cuenta con otros mecanismos ordinarios para la defensa de sus derechos, por ejemplo, puede controvertir y suspender actos contractuales ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

3.2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Nacional⁶- por medio de su apoderada judicial, señaló que existe un precedente constitucional aplicable al caso concreto, fundado en las Sentencias T-466 de 2016, T-475 de 2016 y T-201 de 2017, según el cual se ha reiterado la potestad del ICBF para contratar con los prestadores de servicios más

capacitados que permitan maximizar los recursos económicos disponibles para la atención requerida. Además, aseguró que la consulta previa no puede ser usada como un mecanismo para “burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación⁷”.

Agregó que “el Estado facultó a sus autoridades a adoptar las medidas 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”⁸. Por consiguiente, “corresponde a esta entidad, por mandato legal y reglamentario⁹, la escogencia del operador que ejecutará los programas que implementa el instituto siendo imposible que se deje esta facultad a las comunidades étnicas, entre otros aspectos, por el hecho de que estos programas no sólo van dirigidos a las comunidades negras y afrodescendientes, sino en general a toda la población de primera infancia del territorio¹⁰”.

Arguyó que el derecho fundamental a la consulta previa no es absoluto y puede ser sujeto de ciertas limitaciones, por ejemplo, respecto de los servicios prestados a los niños y niñas de la primera infancia, los cuales “no son objeto de consulta previa cuando en ellos confluyan comunidades étnicas, no obstante, se recomienda socializar con la población referida a través de los espacios señalados un documento o lineamiento técnico específicamente para consolidar lo concerniente a la población étnica”¹¹.

Entidades vinculadas:

Mediante el mismo Auto de admisión ya citado, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cartagena, decidió oficiosamente vincular al Ministerio del Interior, a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para Asuntos Étnicos, y Delegada para la Defensa de la Primera Infancia-, a la Defensoría del Pueblo -Delegada para Asuntos Étnicos- y al Ministerio de Cultura, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.3. El coordinador del Grupo de Asuntos Étnicos de la Procuraduría General de la Nación¹² alegó que “los accionantes no aportan ni señalan en su escrito de tutela, que presentaron solicitud alguna en procura que esta entidad interviniera ante el Ministerio del Interior División de Consulta Previa, o ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en defensa de sus derechos”.

Además, consideró que la comunidad demandante es sujeto de consulta previa, de acuerdo a lo normado en el Convenio 169 de la OIT. Este instrumento resulta obligatorio respecto de obras, programas o decisiones que los afecten, tales como la política de primera infancia del ICBF que “incluye[n] la atención de niños y niñas pertenecientes a las comunidades afrocolombianas accionantes, el mismo debe adoptarse con enfoque diferencial que solo se logra a través de la concertación y consulta con las comunidades a las cuales va dirigido a fin de mitigar los posibles impactos culturales que el programa en cuestión genere”¹³.

Aseguró que la accionada no acreditó que efectivamente se surtió el proceso de consulta previa; en consecuencia, es “...necesario garantizar este derecho fundamental a la comunidad accionante, con lo cual se hace efectivo el derecho de autonomía, a la participación y a la educación inicial con enfoque diferencial¹⁴”.

Por su parte, el Ministerio del Interior, la Procuraduría Delegada para la Defensa de la Primera Infancia y la Defensoría del Pueblo Delegada para Asuntos Étnicos, guardaron silencio.

4. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera Instancia

Mediante proveído del 15 de noviembre de 2016¹⁶, el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento, concedió el amparo del derecho fundamental a la consulta previa al encontrar que en el caso concreto se configuró un perjuicio irremediable. Para arribar a esa conclusión argumentó lo siguiente:

“En lo que atañe a que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental por parte del ICBF por no vislumbrarse perjuicio irremediable, este Despacho tiene que decir que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes (...)

...los directamente afectados son los niños, niñas y adolescentes de la comunidad Barú, por cuanto se le está vulnerando su derecho a sus costumbres, a su cultura afro, ...[aparte] El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bolívar manifiesta que el día 10 de septiembre del 2016 se le consultó al Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de Barú, las actividades y caracterización de la operatividad

del programa de enfoque diferencial ante lo cual propusieron que todos los cupos fueran asignados a la Fundación Ataole con la cual se procedió a contratar, pero no aporta tal documento que acredite lo manifestado en su informe”.

Respecto a la aseveración de la accionada en relación a la falta de legitimación por activa, consideró que no le asiste razón, por cuanto en el expediente obra una resolución que acredita la legitimación del señor Leonardo Vallesilla Molina, en virtud de la cual, la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana de la Alcaldía Mayor de Cartagena, lo reconoce como representante legal del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra Barú¹⁷.

Finalmente, ordena al ICBF a que dentro de los treinta (30) contados a partir de la notificación de la providencia, impulsen las gestiones necesarias e idóneas “...para realizar la consulta previa y concertación con la comunidad Barú, para que se escoja un operador con experiencia en la aplicación del enfoque diferencial en los programas de primera infancia en dicho territorio...”¹⁸.

1. Sentencia de Segunda Instancia

En sentencia del 19 de enero de 2017, la Sala Penal del Tribunal de Cartagena revocó el fallo impugnado y, en su lugar, negó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, principalmente por cuanto la entidad accionada aportó el acta de concertación realizada con el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú¹⁹. En criterio del ad quem, con este documento se demostró que el 10 de septiembre de 2016 fue realizada “la consulta previa” objeto de discusión en tanto fue protocolizado y suscrito por las partes.

El Tribunal concluyó que “en el presente asunto no se vislumbra la transgresión por parte del ente demandado, del derecho fundamental cuya efectividad se demanda a través del presente accionamiento”, en razón a que se realizó una reunión con las comunidades demandantes y allí se discutió la atención de primera infancia.

Además, cabe anotar que el día 15 de noviembre de 2016, el ICBF citó al representante de la Comunidad Negra de Barú para iniciar el proceso de consulta previa; por lo anterior, para el

juez de segunda instancia se habían tomado las medidas necesarias para la protección del derecho fundamental invocado.

1. PRUEBAS DECRETADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante Auto del 18 de septiembre de 2017, el Despacho Sustanciador decretó la práctica de pruebas con miras a puntualizar algunos asuntos relevantes para el caso que suscitaron duda. En primer lugar, no era posible determinar el estado actual del proceso de consulta previa, si en realidad había sido realizado o no con la comunidad accionante, como quiera que el acta de concertación aportada fue considerada por el juez de segunda instancia como instrumento válido para dar por satisfecho el derecho fundamental alegado.

Adicionalmente, el Despacho requería información de las razones por las cuales en otros procesos de igual naturaleza, adelantados por la accionada, sí había operado la consulta previa y en este caso no.

En segundo lugar, para garantizar el derecho de defensa y contradicción fue vinculada la contratista -Corporación Sociocultural de Afrodescendientes Ataole-, como un tercero con eventual interés en la decisión.

En tal virtud, se ordenó lo siguiente:

“Primero. DECRETAR como pruebas que: (i) el Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Nacional y Regional Bolívar alleguen informe en el cual precisen el estado actual del proceso de “concertación” o “pre-acuerdo” con la Comunidad Negra del Municipio de Barú; (ii) el Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Nacional y Regional Bolívar expliquen por qué se han realizado procesos de consulta previa con comunidades negras del departamento de la Guajira y, por el contrario, con la comunidad de Barú -accionante-, únicamente se llevó a cabo una reunión de “concertación”.

Segundo.- VINCULAR a la Corporación Sociocultural de Afrodescendientes Ataole, como un

tercero con eventual interés en la decisión, para que se pronuncie en relación a las pretensiones de la acción de tutela de la referencia”.

1. PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Nacional – a través del jefe de su Oficina Jurídica, contestó lo solicitado en el Auto del 18 de septiembre de 2017, en los siguientes términos. En primer lugar, precisó el estado actual del proceso de “concertación” o “pre-acuerdo” con la comunidad accionada. De lo anterior informó que el 10 de septiembre de 2016, se llevó a cabo reunión de concertación con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrodescendientes del municipio de Barú, “se socializaron los programas a desarrollar y se propició un diálogo con la comunidad, en el que se definió cuales era las mejores alternativas, entendidas como respetuosas de su cultura”²⁰.

Adujo que, una vez finalizada la convocatoria pública, la comunidad actora propuso como operador de los programas de atención a la Fundación ATAOLE, aceptándose por el Comité de Contratación de la Regional Bolívar dicha petición en tanto cumple con los lineamientos técnicos establecidos por el ICBF.

No obstante lo anterior, manifestó que la Regional Bolívar ha realizado un seguimiento a la ejecución del contrato y ha facilitado el contacto constante con la comunidad para darle un efectivo cumplimiento a los compromisos y desarrollo del programa por parte del operador.

En segundo lugar, se refirió al interrogante consultado por la Corte referente a por qué se han realizado procesos de consulta previa sobre el mismo asunto con comunidades negras del Departamento de La Guajira, mientras que, con la comunidad de Barú, únicamente se llevó a cabo reunión de “concertación”. Indicó que esto se debe a que los procesos de consulta previa adelantados tienen de por medio órdenes proferidas por los diferentes despachos judiciales del país que han resuelto iniciar cuatro procesos de consulta previa con las comunidades negras del Departamento de La Guajira.

Sin embargo, siguiendo el reciente precedente jurisprudencial fijado por la Corte

Constitucional, en sentencias T-466 de 2016, T-475 de 2016 y T-201 de 2017, el ICBF debe implementar mecanismos de concertación que:

“...permita asegurar un diálogo que respete el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades, lo que no implica que se debe contratar los operadores que estas postulen, pero sí que las personas destinadas a prestar el servicio conozcan las tradiciones y costumbres y que se encuentren capacitados para atender a los niños con respeto y fomento a su cosmovisión y tradiciones particulares para que de esta forma lograr que dichos programas reflejen el enfoque diferencial”.

Por último, agregó que el mecanismo de concertación no podrá ser indefinido puesto que el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades es flexibilizado cuando se encuentra en colisión con los derechos de los niños y niñas. De acuerdo con la sentencia T-475 de 2016, si en un término prudencial no se logra llegar a una concertación, entonces las autoridades podrán realizar la contratación siempre que tengan en cuenta el enfoque diferencial.

I. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. PRESENTACIÓN DEL CASO Y PROBLEMA JURÍDICO

El accionante, quien representa legalmente al Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú, formuló acción de tutela en contra del ICBF porque al no participarles del Programa

de Primera Infancia “De Cero a siempre”, ejecutado en su territorio, con medidas de educación, salud y nutrición para los menores de edad, presuntamente se desconoció el derecho fundamental a la consulta previa.

El Programa de Infancia controvertido por el representante legal de la comunidad accionante, hace parte de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”, establecida por el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y la Ley 1804 de 2016²¹.

En concreto, en el escrito de tutela alega que la vinculación de personal docente, nutricionistas, enfermeras, entre otros, sin perjuicio de las otras medidas que contiene el programa, sin una previa consulta, afecta los derechos de su comunidad (principios de autonomía y autogobierno, costumbres, tradiciones, idiosincrasia), particularmente tratándose de niños. También asevera que por los principios de autonomía y autogobierno las comunidades étnicas pueden asignar la selección del operador del programa.

El ICBF -Regional Bolívar- contestó la acción de tutela, señalando que: (i) no se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el mecanismo idóneo para resolver esta controversia es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el recurso judicial para controvertir los actos precontractuales relativos a la escogencia del operador que prestará el servicio ofrecido por el ICBF; además, afirmó que (ii) no se constata la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte derecho alguno de la comunidad.

Por su parte, el ICBF de orden nacional, en su respuesta hace alusión a: (i) el precedente constitucional en el que se permite la flexibilización del derecho fundamental de la consulta previa cuando, por la gravedad, urgencia y extrema necesidad de la situación, entra en conflicto con los derechos e intereses de los niños y niñas de la comunidad, en consecuencia, (ii) dicha situación hace factible que la institución pueda contratar programas y servicios que se necesiten teniendo en cuenta el enfoque diferencial.

El juez constitucional de primera instancia amparó el derecho deprecado a la consulta previa por considerar que, “...se le está vulnerando su derecho a sus costumbres, a su cultura afro²²”, lo que genera la existencia de un perjuicio irremediable por tratarse de programas

cuyos beneficiarios son niños y niñas de la Comunidad Negra de Barú. Además, a pesar de que el instituto demandado arguyó haber realizado una “concertación” con los accionantes, este, no aportó un documento que acreditara la realización de la misma.

El Tribunal Superior de Cartagena, en segunda instancia, revocó la decisión del a quo en razón a que el ICBF aportó acta de concertación realizada con la comunidad accionante. En criterio del ad quem se configura un hecho superado puesto que con este documento se demostró la realización de la consulta previa objeto de discusión, en tanto fue protocolizado y suscrito por el actor.

De conformidad con los hechos expuestos, la Sala Octava de Revisión analizará como problema jurídico si el ICBF vulneró el derecho fundamental a la consulta previa, alegado por la Comunidad Negra de Barú, al adoptarse y ejecutarse el programa de primera infancia, denominado “De Cero a Siempre”, dirigido a los niños de su territorio, sin el respectivo trámite constitucional.

A efectos de resolver el interrogante planteado, la Sala (i) se referirá a la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa. Acto seguido, presentará (ii) el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa y sus diferencias con los espacios de concertación, haciendo énfasis en el deber de implementar este programa con enfoque étnico diferencial; (iii) reiterará, brevemente, el marco normativo de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”; para, finalmente, (iv) abordar la resolución del caso concreto.

1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en los casos establecidos en la Constitución y en la ley, y no exista otro mecanismo de protección iusfundamental.

En virtud del principio de subsidiariedad, como requisito de procedibilidad del amparo, esta Corporación ha sostenido que²³, excepcionalmente, en los casos en que existan otros medios judiciales ordinarios de protección al alcance del ciudadano, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable ante la transgresión de sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es un sujeto de especial protección constitucional que requiere flexibilizar la reglas procesales para dar garantía al principio de igualdad material, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

Por regla general, la acción de amparo resulta improcedente para revocar actos administrativos, pues para reclamar esa pretensión existen otros mecanismos judiciales ordinarios de defensa judicial, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho-.

No obstante, la Corte también ha entendido que los medios ordinarios de defensa judicial no son siempre idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales, cuando los titulares son sujetos de especial protección constitucional, en demostrada circunstancia de debilidad manifiesta²⁴.

Vale la pena anotar sobre el tema de la evaluación del requisito de subsidiariedad que existen ocasiones en las que, a pesar de existir mecanismos judiciales ordinarios para el trámite de las pretensiones expuestas en sede de tutela, de manera excepcional, se hace necesario flexibilizar el alcance de este presupuesto, verificar la efectividad del mecanismo ordinario disponible y la situación concreta del actor, de modo que no se le imponga una carga desproporcionada a quien no es capaz de soportarla.

Es así como “el amparo constitucional procede con el fin de salvaguardar bienes cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del caso concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido²⁵.

Por lo tanto, se debe analizar en cada caso concreto si existen mecanismos ordinarios de

protección judicial y, posteriormente, verificar si estos resultan apropiados para la protección de los derechos fundamentales de sujetos de especial de protección constitucional, tales como las personas desplazadas, los niños, los pueblos indígenas y las comunidades negras, afrodescendientes o afrocolombianas²⁶, entre otros. Tratándose de la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, la Sala observa que es inexistente un medio de defensa judicial en la vía ordinaria.

La Sentencia T-186 de 2017, entre muchas otras, flexibilizó el requisito de subsidiariedad en razón a la existencia de un sujeto de especial protección constitucional. A su vez, la jurisprudencia constitucional ha destacado que estas comunidades étnicas diferenciadas son sujetos de especial protección constitucional, pues en ellas recaen factores de vulnerabilidad extrema que justifican que el Estado intervenga para revertir esos procesos históricos que han afectado su modo de vida, al punto de, incluso, amenazar con su extinción. Lo anterior, pues (i) aún existen patrones de discriminación; y, (ii) las dinámicas de la cultura mayoritaria presionan la cosmovisión de los grupos étnicos al punto de afectar sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico.

En la Sentencia T-576 de 2014, la Sala Novena de Revisión sostuvo que “...la idea de que los procesos consultivos son un escenario esencial para asegurar la pervivencia física y la protección de las costumbres y tradiciones de esas colectividades explica, en efecto, que la Corte haya respaldado, desde sus primeras sentencias, la competencia del juez de tutela para 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 su impacto y de incidir en la formulación de la decisión de que se trate”.

Como se puede avizorar, el tema de la procedibilidad de la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales ha sido decantado por la jurisprudencia constitucional.

Básicamente, los conflictos que surjan en relación con este derecho por: (i) su carácter fundamental, derivado de la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, vía bloque de constitucionalidad y, (ii) la ausencia de regulación legislativa o reglamentaria sobre los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico para su protección,

deben ser resueltos por el juez de tutela.

En recientes pronunciamientos, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en Sentencia SU 097 de 2017, reiteró que “la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa...”.

A su vez, la Sentencia T-002 de 2017 fue más allá: esta misma Sala concedió el amparo del derecho fundamental a la consulta previa al detectar un grave incumplimiento de las obligaciones pactadas en un acuerdo de consulta previa en firme. En esa oportunidad, se precisó que el derecho fundamental a la consulta previa está compuesto por diversas etapas o fases obligatorias que deben ser agotadas y cumplidas en su totalidad y en caso de omisión en cualquiera de ellas, puede ser reclamado vía tutela.

Además, se estableció que “la acción de tutela es el mecanismo judicial adecuado para proteger el derecho a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas. De ahí que los medios ordinarios de control carecen de la idoneidad para resolver la situación inconstitucional que produce la omisión del trámite de concertación de una decisión o el incumplimiento a lo acordado. Lo anterior, por cuanto esas herramientas procesales no ofrecen una solución clara, omnicomprendensiva y definitiva a la vulneración de derechos de las comunidades que tienen una especial protección constitucional y alta vulnerabilidad. // La Sala Octava considera que el ACP, incluyendo su debida ejecución, hasta cerrar el proceso de consulta previa con la verificación del cumplimiento a lo acordado, hacen parte integral del contenido del derecho fundamental a la consulta previa, motivo por el cual, resulta pertinente sostener que, ante la inexistencia de un mecanismo ordinario de defensa judicial en el ordenamiento jurídico, dicho ACP sea susceptible de protección mediante la acción de tutela con la finalidad de que lo pactado de común acuerdo sea exigible, inmutable, vinculante y definitivo para las partes”.

1. EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA Y SUS DIFERENCIAS CON LOS ESPACIOS DE CONCERTACIÓN, HACIENDO ÉNFASIS EN EL DEBER DE IMPLEMENTAR PROGRAMAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS CON ENFOQUE ÉTNICO DIFERENCIAL

La expresión “tribal”, contenida en el Convenio 169 de la OIT, 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).

Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que es acertado considerarlas un pueblo tribal beneficiario de dicho instrumento internacional.

Hecha esta precisión inicial, es pertinente precisar la naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, entendiendo que el carácter fundamental de la consulta previa se acompasa con la aplicación directa de principios constitucionales de mayor peso constitucional, como lo son la diversidad étnica y cultural, el pluralismo de una Nación multicultural y la participación democrática. Lo anterior, sumado al reconocimiento de quienes son titulares del derecho: minorías étnicas, históricamente discriminadas.

En ese entender, el carácter fundamental de la consulta previa se soporta en la defensa de la integridad social, cultural y económica de estas comunidades, como un derecho que permite reconocer las diferencias y elevar la convivencia colectiva mediante mecanismos que garanticen la supervivencia de los pueblos diferenciados.

Así en la Sentencia SU-039 de 1997 se señalaron las siguientes finalidades y objetivos del derecho fundamental a la consulta previa:

“La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y

sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”.

En posterior pronunciamiento, contenido en la Sentencia C-175 de 2009, esta Corporación analizó si la Ley 1152 de 2007 era contraria a la Carta Política, en razón a la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Consideró que los simples trámites administrativos o formales que dan mera apariencia de consulta previa no suplen los objetivos y finalidades que deben contener los procesos de consulta previa:

“...En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa. Sobre la materia, la jurisprudencia ha establecido que la consulta, “se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; “de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados (...), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades. En este orden de ideas, no tendrán valor de consulta previa: la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”; ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes

afectadas.”

Este criterio ha sido reiterado en la Sentencias C-620 de 2003, C-461 de 2008, T-129 de 2011, T-993 de 2012, entre otras.

Particularmente, la Sentencia T-129 de 2011 (hito), recogió las principales reglas decisorias en materia de consulta previa, que sea el momento para reiterar in extenso:

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

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

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

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

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

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

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

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

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

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

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

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

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación”.

De lo anterior es claro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en descartar que los simples procesos administrativos, reuniones, notificaciones, etc., de tipo formal, que intentan artificiosamente suplir el derecho fundamental, no tienen tal entidad.

Así lo expuso recientemente la Sentencia T-002 de 2017, al explicar que “...resulta claro que el derecho fundamental a la consulta previa: (i) no se agota con la simple celebración de reuniones entre las partes tendientes a concertar un acuerdo que no produce efectos jurídicos y; (ii) no se satisface por la mera formalización o protocolización del mismo. Para la Sala, el ejercicio del derecho fundamental mencionado debe implicar el cumplimiento obligatorio de lo pactado...”.

Ahora bien, en relación con la jurisprudencia de esta Corte sobre el enfoque étnico diferencial en los Programas de Primera Infancia que adelanta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Sala observa que 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”, estableció en su artículo sexto, dentro de su ámbito de aplicación la

implementación del programa en todo el territorio nacional dirigido al proceso de desarrollo integral entre los cero (0) y los seis (6) años de edad, durante su etapa de primera infancia, de acuerdo con el rol que les corresponde, “con un enfoque diferencial y poblacional”.

En ese orden, la misma disposición consagra que para la ejecución e implementación de la política pública objeto de discusión se tomará en consideración la diversidad de configuraciones de niños, niñas y familias en razón de su cultura, pertenencia étnica, contexto, condiciones, dimensiones particulares o afectaciones transitorias, así como la prioridad de su atención ante estados de vulnerabilidad.

Asimismo, el legislador dispuso que su focalización se deberá realizar, teniendo en cuenta como mínimo, los criterios de vulnerabilidad de los niños y niñas, las brechas sociales y económicas de los ciudadanos, la pobreza rural y la pertenencia a grupos étnicos, entre otros aspectos.

En el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el criterio del enfoque diferencial para la resolución de este y otros casos. Por ejemplo, en la Sentencia T-010 de 2015 aplicó dicha perspectiva para las víctimas del conflicto armado interno pertenecientes a la comunidad indígena de Puerto Vaupés Uitoto:

“El enfoque diferencial como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión. Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palanqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas. Dicho principio, permite visibilizar las vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos, por lo que partiendo del reconocimiento focalizado de la diferencia se pretenden garantizar los principios de igualdad, diversidad y equidad”.

Además, en la Sentencia T-475 de 2016, analizó en uno de sus problemas jurídicos la

vulneración por parte del ICBF del derecho fundamental a la consulta previa de comunidades negras, al no realizarse la concertación y consulta previa con dichas comunidades para la selección de los operadores de los programas de primera infancia.

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

“bajo el entendido que dicha 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 Repelón y Polonuevo 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. En caso de no llegarse a un acuerdo en este lapso, las respectivas autoridades estatales, esto es, el ICBF adoptará 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 de Polonuevo y Repelón, teniendo siempre como objetivo fundamental la realización del interés superior del menor”.

En reciente fallo, contenido en la Sentencia T-201 de 2017, la Sala Novena de Tutelas resolvió un caso muy similar, en el cual se discutía si el ICBF desconoció el derecho a la consulta previa del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, al acoger y desarrollar los Programas de Primera Infancia desarrollados por esa institución, especialmente, respecto de aquellas medidas que se refieren a la alimentación y educación de los menores de edad, sin la participación de las comunidades afectadas”.

Al resolver el asunto, se decidió proteger el derecho fundamental a la consulta previa por cuanto, “existe un deber de consulta de todas aquellas medidas que afecten derechos de

comunidades étnicas, incluso, tratándose de programas dirigidos a niños indígenas...”.

En tal sentido, ordenó al ICBF iniciar un proceso de consulta previa con un comité compuesto por representantes del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”, mediante un procedimiento previamente consultado (preconsulta), que establezca cual será el plan étnicamente diferenciado que deberá utilizar el Instituto para implementar las medidas correspondientes al Programa de Infancia.

1. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA ACERCA DEL MARCO NORMATIVO DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN INTEGRAL A LA PRIMERA INFANCIA “DE CERO A SIEMPRE”

Por la similitud de este asunto al decidido por la Sala Novena de Revisión en la Sentencia T-201 de 2017, la Sala Octava transcribirá en este acápite 10 consideraciones concernientes al marco normativo de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”, programa del ICBF que, igualmente, en este caso, es objeto de debate:

“50. El Programa de Infancia, controvertido por los accionantes, se enmarca dentro de una política pública mucho más amplia. El Gobierno Nacional, a través de la Ley 1450 de 2011 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, dispuso la creación de la “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”. Según la Ley 1804 de 2016, norma que desarrollaría la política, dicha estrategia busca fortalecer el marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y las niñas de cero a seis años de edad, así como la materialización del Estado Social de Derecho.

51. Este programa de Cero a Siempre, fue definido por la Ley 1450 de 2011 del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, como “el conjunto de acciones planificadas de carácter nacional y territorial, dirigidas a promover y garantizar el desarrollo infantil de las niñas y los niños desde su gestación hasta los seis años”²⁷. Lo anterior, a través de un trabajo unificado e intersectorial que articule y promueva el desarrollo de todas las acciones para garantizar la atención integral de todos los niños y niñas. Según estas normas, el propósito fundamental

del Gobierno es contribuir al desarrollo integral de los niños con edades entre cero y 6 años.

Conforme con la Ley 1804 de 2016, el concepto de desarrollo integral comprende el proceso singular de transformaciones y cambios de tipo cualitativo y cuantitativo mediante el cual el sujeto dispone de sus características, capacidades, cualidades y potencialidades para estructurar progresivamente su identidad y su autonomía.

52. Para el año 2011, el Gobierno Nacional creó la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia (CIPI), mediante Decreto 4875 de 2011. Su función principal es coordinar las acciones intersectoriales y la implementación de la “Estrategia De Cero a Siempre”. Esta comisión se compone por un delegado del Presidente de la República, el Director del Departamento Administrativo de Presidencia o su delegado, los Ministros de Salud y Protección Social, Educación Nacional, Cultura o sus delegados, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y el Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sus delegados. Como se señaló, su función radica en coordinar y armonizar las políticas, planes, programas y acciones para la ejecución de la política pública de primera infancia.

53. El encargado de ejecutar esta política es el ICBF. En efecto, la Ley 1804 de 2016, en su artículo 19, ratifica que el ICBF es la institución rectora, articuladora y coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar con dos roles de acción: como ente rector, articulador y coordinador del Sistema le corresponde “la implementación de la política en el territorio a través de la Ruta Integral de Atenciones -RIA-, y hace parte de ella la promoción, participación y movilización social de los procesos técnicos administrativos y financieros de la primera infancia; y como entidad encargada de generar línea técnica y prestar servicios directos a la población que le corresponde, debe armonizar los documentos que orientan y soportan la prestación de los servicios en la primera infancia”²⁸

54. Como se puede apreciar, las medidas que se ejecutan a través de la Estrategia de Cero a

Siempre son múltiples, pues lo que se pretende es que los niños objeto de esas políticas, se desarrollen integralmente. Por eso, el ICBF, entidad encargada de implementar esos mandatos, a través del “Lineamiento Técnico de Primera Infancia”, reorganizó sus servicios para atender esas necesidades. Y es allí en donde se sitúa la discusión de los accionantes.

55. Según el ICBF, el Programa de Infancia que desarrolla la Estrategia de Cero a Siempre, tiene varias modalidades. En algunos casos, las medidas a desarrollar son alimentarias, en otras serán educativas, mientras que en algunas serán de vivienda y salud, etc. Lo importante radica en que este programa se encarga de atender las necesidades de los menores beneficiarios, en busca de garantizar su desarrollo integral.

Pues bien, el ICBF ejecuta este programa a través de tres tipos de modalidades que, a su vez, prestan servicios de alimentación, vivienda, salud, educación, entre otros: (i) institucional; (ii) familiar; y (iii) comunitaria.

56. La modalidad institucional atiende niños y niñas en primera infancia así como sus familias. Su objetivo es garantizar el servicio de educación inicial a niñas y niños “menores de cinco años y hasta los seis años en grado de transición donde exista este servicio, en medio institucional en el marco de la atención integral y la diversidad a través de acciones pedagógicas y de cuidado cualificado así como la realización de gestiones para promover los derechos de salud, protección y participación que permitan favorecer el desarrollo integral en la primera infancia”²⁹.

57. Por su parte, la modalidad familiar, promueve el desarrollo integral “desde su concepción hasta los dos años a través de procesos pedagógicos significativos, fortalecimiento y acompañamiento a familia y cuidadores y la articulación interinstitucional en cumplimiento de la política de estado para el desarrollo integral de primera infancia de cero a siempre”³⁰.

58. Finalmente, la modalidad comunitaria fortalece “el desarrollo integral, el cuidado y la protección de niñas y niños menores de cinco años, mujeres gestantes, niñas y niños menores de seis meses lactantes, en condiciones de riesgo y vulnerabilidad, a través de acciones pedagógicas y de cuidado para el goce efectivo desde sus derechos, con la participación activa y organizada de la familia, la comunidad y las entidades territoriales, según las particularidades de los servicios que contempla esta modalidad”³¹.

59. Ahora bien, los tipos de medidas que desarrollan en el marco de estas modalidades son las mismas. En lo que se diferencian es en las edades de los sujetos beneficiarios. Así, según los lineamientos del ICBF, el Programa de Infancia tiene los siguientes componentes: atención en salud y nutrición, alimentación de menores y madres gestantes, educativo o pedagógico, talento humano, protector, entre otros. Pese a ello, los componentes educativo y alimentario, son transversales en el programa.

60. En síntesis, el Programa Infantil que discute la accionante se enmarca dentro de la política pública fijada por el Gobierno Nacional y el Congreso de la República a través de la ley 1450 de 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y la ley 1804 de 2016, denominada “Estrategia de Atención Integral a la Primera Infancia de Cero a Siempre”. La ejecución de esa medida está en cabeza del ICBF. En desarrollo de sus funciones, creó el Programa de Primera Infancia que tiene tres modalidades: (i) comunitaria; (ii) familiar; e (iii) institucional. En ellas se busca satisfacer el desarrollo integral de los menores de edad entre los cero y seis años de edad, haciendo énfasis en los aspectos alimentarios y educativos, sin que ello obste para que existan otros componentes que fueron mencionados en párrafos anteriores”.

SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Legitimación en la causa por activa

La entidad accionada cuestionó la legitimidad de la parte actora al anotar que el

representante legal carece de poder que lo legitime para la comunidad accionante en tanto actúa en calidad de Delegado Nacional de las Comunidades Negras y Afrocolombianas.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala Octava que el Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del municipio de Barú está debidamente representado por el representante legal y la junta directiva³² dado que fueron reconocidos e inscritos como tales en la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias mediante la Resolución 1513 de 2014³³.

Legitimación en la causa por pasiva

Subsidiariedad

De conformidad con lo anotado en el acápite sobre “procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la consulta previa”, se reitera que el derecho fundamental a la consulta previa no cuenta con otro mecanismo de protección judicial diferente a la acción de tutela y, en esa medida, el recurso de amparo se erige como el único medio judicial de defensa del derecho fundamental a la consulta previa en el actual ordenamiento jurídico colombiano.

Lo anterior, aunado a que el análisis del requisito de subsidiariedad debe flexibilizarse en razón a que la comunidad Negra de Barú es considerada por la jurisprudencia como sujeto de especial protección constitucional.

Inmediatez

La Sala reitera que según los términos del artículo 86 constitucional la acción de tutela procede “en todo momento”, motivo por el cual, según la Sentencia C-543 de 1992 es inconstitucional reproducir jurisprudencialmente un término de caducidad declarado inexecutable. Además, la satisfacción de este requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto.

En cuanto al estudio de la inmediatez en este asunto, se observa que la vulneración iusfundamental del derecho a la consulta previa es actual y persiste en el tiempo por cuanto fue verificado en el caso concreto que, a la fecha, no ha tenido lugar la consulta previa reclamada mediante acción de tutela.

Contexto del Contrato 00695 de 2016:

El contrato número 06905, celebrado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Corporación Sociocultural de Afrodescendientes ATAOLE, en aras de dar cumplimiento a la política de atención a la primera infancia, es catalogado como un contrato de aporte³⁴, modalidad de contratación especial del ICBF³⁵ que se explicará a continuación:

El contrato de aporte fue establecido mediante la Ley 7ª de 1979 como una modalidad de contratación especial, en consonancia con los fines y objetivos del ICBF relacionados con la protección de los derechos de los menores de edad.³⁶

Se entiende por tal, “el negocio jurídico que se celebra entre el ICBF y una institución de utilidad pública o social, por medio del cual aquel se obliga a proveer a ésta los bienes o servicios indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del ICBF”³⁷.

Las características del contrato de aporte³⁸ son las siguientes:

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

* Existe una obligación del ICBF de “aportar” los elementos necesarios para que el gestor del contrato pueda ejecutar el mismo.³⁹

* Hay una entidad contratante calificada, en este caso el ICBF y una entidad contratista que puede ser una entidad sin ánimo de lucro⁴⁰, como lo es en este caso la Corporación Sociocultural de Afro descendientes ATAOLE.

* El de aporte es un contrato administrativo que no corresponde a la enumeración contractual prevista en la Ley 80 de 1993⁴¹.

El precitado contrato de aporte celebrado entre el ICBF tiene por objeto la prestación de los siguientes servicios en favor de 168 niños⁴², los cuales deberán ser prestados con los más altos estándares de calidad, de conformidad con los lineamientos de las autoridades competentes en las respectivas materias y según las necesidades propias de cada menor:

* Servicio de alimentación diaria con altos componentes de nutrición.

* Servicios de mantenimiento de infraestructura para los hogares comunitarios y demás instalaciones donde se presten servicios.

* Servicios médicos cuando sean necesarios.

* Servicios de educación para primera infancia.

Cabe resaltar que en ningún acápite del precitado contrato, se hace mención alguna de que los niños beneficiados con la prestación de los servicios contemplados en el contrato pertenezcan a un grupo étnico afrodescendiente o que la prestación de servicios deba hacerse con un enfoque específico u orientación especial, en razón de la condición de los menores como miembros de una comunidad afro descendiente. Puede vislumbrarse que se trata de un contrato estándar de aporte, tipo formato, como los que celebra el ICBF⁴³ con cualquiera entidad que cumpla con los requisitos de la ley para contratar.

Vulneración del derecho fundamental a la consulta previa

En este caso la Comunidad Negra de Barú, solicita la protección del derecho fundamental a la consulta previa como quiera que la entidad demandada (ICBF), presuntamente omitió su deber de consultar de manera previa el programa “de cero a siempre”, cuyo objeto afecta directamente la cultura, alimentación, salud y educación del pueblo afrodescendiente accionante, particularmente, a los niños de la comunidad de Barú a quien va dirigida la política pública de primera infancia.

El referido Programa de Atención Infantil, atiende todas las necesidades básicas de los niños pertenecientes al programa. Así, existen medidas alimentarias, educativas, de salud, de espacio público, dirigidas a su hogar, entre otras. Esa apuesta, “es un proceso complejo de permanentes cambios de tipo cualitativo y cuantitativo (...) Por eso es importante tener en cuenta que niñas y niños son sujetos de derechos con ritmos de desarrollo distintos”⁴⁴.

Al cierre de la concertación, a cargo de los profesionales del ICBF, los participantes del proceso elevaron algunas propuestas, entre ellas, el consejo comunitario de Barú e Islas del Rosario propusieron: “que el operador sea la Fundación Ataole. Que el operador de HCB, que actualmente es CORDESO no continúe. Consideraron pertinente realizar reunión con la Fundación Ataole y dos operadores más que se propongan. La fecha tentativa de esa reunión es miércoles 14 de septiembre de 2016...”.

Antes de suscribir el acta, el ICBF Regional Bolívar “manifiesta que estas propuestas serán llevadas a Comité de Concertación, quien es el organismo que da viabilidad a la contratación de operadores según el manual del ICBF y que les estará comunicando las respuestas a dichas propuestas” -negrilla fuera de texto-.

Sin embargo, más allá del acta, descrita con anterioridad, no se observa en el expediente prueba alguna que dé cuenta de los avances del proceso de concertación y/o consulta previa; no constan comunicaciones, notificaciones o reuniones posteriores a la relatada.

De esta manera, es palmario que en este asunto, concerniente a una medida administrativa implementada por el ICBF a través del programa “De cero a siempre”, desconoció la consulta previa aun cuando es susceptible de afectación directa en la comunidad accionante, según los precisos términos que establece el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. De ahí que, tampoco se hayan tomado las medidas apropiadas por parte del ICBF y del Ministerio del Interior, tendientes a surtir un verdadero proceso de consulta previa que siga los derroteros

fijados por la jurisprudencia constitucional.

Por el contrario, en clara omisión de las reglas que ha construido la Corte Constitucional sobre la materia, se llevó a cabo una sola reunión de concertación que no tuvo continuidad, retroalimentación o respuesta alguna, ni tiene la virtualidad de asimilarse a un verdadero proceso de consulta previa.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática en considerar que simples reuniones no satisfacen el deber de consulta previa en la medida que la participación de la comunidad debe ser real, activa y efectiva, con la posibilidad de propiciar verdaderos espacios de discusión. Su relevancia constitucional está dada por los altos intereses que pretende tutelar en aras de garantizar la pervivencia de las tradiciones del pueblo minoritario negro a través de sus niños.

Prima facie, no se evidencia cómo una mera reunión de concertación haya logrado construir una relación sólida de comunicación entre las partes que admita la posibilidad de discutir las afectaciones del programa de primera infancia en la comunidad sobre la base del principio de buena fe. Precisamente, en este proceso de discusión, debía dialogarse ampliamente sobre la mejor manera de armonizar el impacto de la política pública en la salud, educación y alimentación de la infancia frente a los intereses de la comunidad negra de Barú, reflejados en la preservación y prolongación de los valores culturales y étnicos del pueblo accionante.

La Corte Constitucional ya ha definido la incidencia directa de este programa de primera infancia que adelanta el ICBF en las comunidades étnicas y tribales protegidas por el Convenio 169 de la OIT⁴⁶, "...La alimentación, educación, especialmente de menores de edad, son, por definición, elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano. En el caso de las comunidades étnicas, se encuentra ligada a elementos de su identidad tan relevantes como la formación de sus niños que, en últimas, serán quienes mantendrán incólumes sus tradiciones. La relación entre la formación educativa, alimentaria, y otras, tienen una gran importancia no sólo en la construcción de una cultura diferenciada, sino también en el diálogo con la sociedad mayoritaria"⁴⁷.

Además, en reciente pronunciamiento, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional estableció mediante Sentencia T-201 de 2017 que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho fundamental a la consulta previa del Consejo Comunitario de

Negritudes “Julio Cesar Altamar Muñoz” al adoptar y ejecutar los programas de primera infancia desarrollados por esa institución, especialmente respecto de aquellas medidas que se refieren a la alimentación y educación de los menores de edad, sin la participación de las comunidades afectadas:

“...esta clase de políticas afectan directamente al pueblo accionante, primero, por su naturaleza cultural; y segundo, por el impacto sobre el ejercicio de su autonomía, como se explicará a fondo en los párrafos sucesivos. La autoridad accionada vulneró el derecho fundamental a la consulta previa al no concertar con las comunidades aquellas precisas medidas que tienen incidencia sobre la cultura y tradición del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”.

De conformidad con los precedentes aplicables al caso (Sentencias T-466 de 2016, T-475 de 2016 y T-201 de 2017), para esta Sala de Revisión una reunión de concertación aislada no satisface la exigencia de adelantar consulta previa frente a este tipo de medidas que afectan sujetos de especial protección constitucional.

Resalta la Sala que si bien fue escogido el operador sugerido por la accionante (ATAOLE), en el acta de concertación también se identifican otras peticiones de la comunidad étnica minoritaria diferentes a la selección del operador, tales como: (i) un Centro de Desarrollo Integral y (ii) la cobertura ampliada para todos los niños de la comunidad, asuntos que no obtuvieron respuesta en el “proceso” de concertación.

Observa la Corte que la comunidad accionante tampoco fue ilustrada debidamente sobre la manera como la ejecución del referido programa de primera infancia afecta directamente en los elementos que constituyen la base de la cohesión social, cultural y económica del pueblo afro. Por lo tanto, el acta de concertación fue una simple reunión que desconoció la necesidad de adelantar una verdadera consulta previa con la comunidad negra accionante, grupo humano diferenciado y minoritario con características singulares en educación, nutrición y salud.

Jurisprudencia constitucional temprana sobre la materia⁴⁸ ha establecido que las simples reuniones, informaciones o notificaciones que se les ofrecen a las comunidades étnicas sobre un proyecto, programa u obra no tienen valor jurídico en la medida que es necesario cumplir con las finalidades del proceso consultivo y prever todas las afectaciones en la identidad del

pueblo minoritario de tipo étnico, cultural, social y económico.

Además, en la consulta previa se deben presentar fórmulas que permitan llegar a acuerdos con la comunidad y, finalmente, ésta debe manifestar su conformidad con el proyecto, hecho que no ocurrió en este caso como quiera que fue interpuesta acción de tutela con posterioridad a la reunión del 10 de septiembre de 2016, precisamente por falta de concertación.

Asimismo, el trámite de “concertación” adelantado no puede ser asimilado o equiparado a un proceso de consulta previa, el cual se caracteriza por la superación de diversas etapas o fases hasta llegar al cierre de la consulta previa, una vez cumplido lo acordado.

Sea la oportunidad para reiterar que el proceso de consulta previa cuenta con unas etapas que han sido desconocidas en su mayoría en este caso por parte de las autoridades accionadas. En efecto, la Sentencia T-002 de 2017, pronunciada por esta misma Sala de Revisión, determinó que la consulta previa implica el cumplimiento de las siguientes seis fases: (i) certificación sobre la presencia de las comunidades étnicas; (ii) apertura del proceso y convocatoria; (iii) pre-consulta; (iv) consulta previa y protocolización; (v) seguimiento al cumplimiento y (vi) cierre del proceso de consulta previa.

Con todo lo anterior, al identificarse en este caso un trámite anormal que incumple los contenidos esenciales del derecho fundamental a la consulta previa, la Sala Octava de Revisión revocará la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que negó la tutela del derecho fundamental. En su lugar, confirmará la decisión pronunciada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, que concedió el amparo de la consulta previa de la Comunidad de Negros de Barú, en relación con el programa de primera infancia que se adelanta.

Es preciso señalar que la Sala confirmará la decisión de primer grado que concedió el amparo del derecho fundamental a la consulta previa en la acción de tutela de la referencia, pero diferenciando que su procedencia es definitiva y no obedece a una solución transitoria por el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Para la Sala, la comprobada ausencia de consulta previa en relación con un programa dirigido a un pueblo afro diferenciado (sujeto de especial protección constitucional) permite colegir la

procedencia de la acción de tutela de manera definitiva por la vulneración directa de un derecho fundamental cuya protección no encuentra eficacia e idoneidad en los medios ordinarios de defensa judicial que ofrece el sistema jurídico colombiano.

En el caso concreto no se estructura el perjuicio irremediable determinado por el a quo, teniendo en cuenta que no se encuentra probado que la política “de cero a siempre” produzca un daño grave, irreversible, impostergable que requiera la adopción de medidas urgentes para ser conjurado transitoriamente.

De igual manera, como quiera que el operador seleccionado por el ICBF se encuentra ejecutando el contrato válidamente tras un proceso de contratación estatal, la Sala no ordenará la suspensión del contrato de aporte suscrito entre el ICBF y la Corporación Socio Cultural de Afrodescendiente ATAOLE. Lo anterior, garantiza la seguridad jurídica, la confianza legítima, el principio de legalidad y, sobre todo, la protección del interés superior de los niños afro de Barú que son beneficiarios del programa de primera infancia con enfoque étnico diferencial.

Alcance de la consulta en programas de primera infancia: la consulta previa no es un mecanismo de imposición sino de diálogo

Para la Sala, aun cuando el ICBF terminó seleccionando el operador que sugirió la comunidad accionante mediante la suscripción de un contrato de aporte, este tipo de requerimiento no es esencial para adelantar un proceso de consulta previa como quiera que la entidad pública debe aplicar en todo momento el régimen de contratación pública -legal y reglamentario- que establece el ordenamiento jurídico colombiano para el efecto.

Este tipo de programas de política pública que a nivel nacional pretenden implementar el desarrollo integral de la primera infancia (de cero a seis años de edad), así como materializar el Estado Social de Derecho, la Sala Octava debe precisar una regla de decisión en materia de consulta previa para este tipo de casos:

* El proceso de consulta en los programas de Primera Infancia “de cero a siempre” no implica que la comunidad étnica pueda elegir al contratista.

Si bien en este caso, la Corporación Sociocultural de Afrodescendientes ATAOLE fue seleccionada como operadora mediante contrato de aporte número 0695-2016 con la finalidad de ejecutar el programa de primera infancia en la comunidad de negros de Barú y, coincidentalmente, dicho pueblo solicitó que fuera precisamente esta corporación la operadora de esta política pública en la misma comunidad, es necesario precisar que el proceso de consulta previa en este tipo de programas no se puede entender como un instrumento para que las comunidades étnicas exijan o veten la elección del operador en la contratación administrativa del ICBF.

Como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, los procesos de consulta previa son espacios de diálogo intercultural entre iguales que pretenden reconocer las diferencias con ponderación, y sin la posibilidad de vetar los intereses de todos los actores en juego⁴⁹. Así, “no se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias”.

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

Además, resulta evidente que el enfoque étnico diferencial requerido para el desarrollo de esta política pública lo puede asegurar un conjunto amplio de operadores que cumplan el objeto contratado y el enfoque identitario exigido, razón por la cual, el operador sugerido exclusivamente por la comunidad tribal en la consulta previa no necesariamente es el más calificado o el que deba ser el seleccionado por la entidad estatal.

Así, en la Sentencia T-466 de 2016 la Sala Tercera de Revisión hizo la siguiente claridad ante la exigencia de que los prestadores de salud sean de la misma comunidad Wayúu:

“...lo importante en la atención de las necesidades de alimentación y salud de los menores de edad Wayúu es la realización del interés superior del menor de edad, que se garantiza asegurando que el prestador del servicio sea el más capacitado y permita maximizar los recursos económicos disponibles para la atención. Esto no obsta para que los contratantes aseguren la compatibilidad más cercana posible de los servicios prestados con los usos y costumbres de la comunidad, sin que ello obligue a que sean estas las encargadas directas del servicio. Se reitera que lo más importante en este escenario es que se asegure el cumplimiento eficiente las metas de los planes, programas, proyectos, y estrategias, lo que obliga a la selección del contratista más calificado para la provisión de los servicios, sin que sea un factor decisivo su origen étnico, por lo cual, las políticas que se implementen de forma inmediata deberán orientarse a que sea el ICBF o la autoridad del Estado competente, la que proceda a escoger el operador o prestador del servicio más calificado, de forma tal que se pueda realizar una verdadera vigilancia y control por parte de dichas autoridades en la ejecución contractual”.

Igualmente, sobre el particular, la Sentencia T-475 de 2016 consideró 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”.

En concordancia con lo anterior, los procesos de consulta previa sobre programas de política pública que pretendan sugerir un contratista relacionado con la comunidad como presupuesto para satisfacer el procedimiento constitucional de consulta previa, deben demostrar mayor imparcialidad y el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la Constitución (Art. 209), la ley y el reglamento que exigen el direccionamiento imparcial de la función administrativa al servicio del interés general.

La Sala considera que no es de recibo el argumento de la Comunidad Negra de Barú relativo a la necesidad de contratar personal perteneciente a la comunidad tribal para ejecutar el programa de “cero a siempre”, en cuanto este conocería en mayor medida su cultura, garantizando los principios de autogobierno y autonomía. Se reitera que el alcance del derecho fundamental a la consulta previa, en este tipo de programas, no permite seleccionar el contratista sugerido por la comunidad, en desmedro de los principios constitucionales que inspiran la función administrativa, sino abrir una discusión profunda en torno a las afectaciones directas que resquebrajan los rasgos identitarios de la comunidad étnica involucrada.

Síntesis

En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión asumió el conocimiento de una acción de tutela formulada por el representante legal del Consejo Comunitario Afrodescendiente de Barú ante la presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa en el programa de Primera Infancia “de cero a siempre”, que adelanta el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El juez de primera instancia amparó el derecho deprecado por considerar, “... que se le está vulnerando su derecho a sus costumbres, a su cultura afro50”, ante la existencia de un perjuicio irremediable por tratarse de programas cuyos beneficiarios son niños y niñas de la comunidad negra de Barú. A pesar de que el instituto demandado arguyó haber realizado una “concertación” con la accionante, no aportó algún documento que acreditara la realización la “consulta previa”, ordenando a la entidad a realizar las gestiones necesarias

para la efectiva protección de dicho derecho.

El juez de segunda instancia revocó la decisión del a quo en razón a que el ICBF aportó acta de concertación realizada con la comunidad accionante, lo cual, en criterio del ad quem configura un hecho superado puesto que con este documento se demostró realización de la consulta previa objeto de discusión, en tanto fue protocolizado y suscrito por el actor.

De conformidad con los hechos expuestos, la Sala Octava de Revisión estudió como problema jurídico si el ICBF vulneró el derecho a la consulta previa, alegado por la Comunidad Negra de Barú, al adoptar y ejecutar el programa de primera infancia, denominado “De Cero a Siempre”, mediante una reunión de concertación adelantada con la colectividad accionante.

Ante este interrogante la Sala Octava de Revisión concluyó que sí se desconoció el derecho fundamental a la consulta previa por cuanto el programa del ICBF, que incluye medidas de nutrición, educación y salud, entre otras, no fue consultado previamente y afecta directamente las lógicas culturales, sociales y tradicionales de la comunidad, particularmente a las futuras generaciones -niños- del pueblo afro de Barú.

La Corte Constitucional ya ha definido la incidencia directa del programa de primera infancia que adelanta el ICBF con los menores de las comunidades étnicas y tribales, protegidos por el Convenio 169 de la OIT, “...La alimentación, educación, especialmente de menores de edad, son, por definición, elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano. En el caso de las comunidades étnicas, se encuentra ligada a elementos de su identidad tan relevantes como la formación de sus niños que, en últimas, serán quienes mantendrán incólumes sus tradiciones. La relación entre la formación educativa, alimentaria, y otras, tienen una gran importancia no sólo en la construcción de una cultura diferenciada, sino también en el diálogo con la sociedad mayoritaria”⁵¹.

Aun cuando el ICBF terminó seleccionando el operador que sugirió la comunidad accionante en la reunión de concertación, según el precedente constitucional, el trámite adelantado en este caso no puede ser asimilado o equiparado a un verdadero proceso de consulta previa, caracterizado por la superación de diversas etapas o fases, una vez definido un dialogo intercultural, hasta llegar al cierre de la consulta previa en el momento que se cumplen lo acordado.

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática al considerar que simples reuniones de carácter formal no satisfacen el deber de consulta previa teniendo en cuenta que la participación de la comunidad en el proceso debe ser real, activa y con la posibilidad de propiciar verdaderos espacios de discusión; su relevancia constitucional está dada por los altos intereses que pretende tutelar en aras de garantizar la pervivencia del pueblo minoritario.

En tal virtud, la Sala precisa que en esta clase de asuntos la consulta previa no se puede convertir en un mecanismo de presión para que la entidad pública seleccione algún contratista afín a la comunidad; todo lo contrario, el derecho fundamental garantiza los intereses de la comunidad que están fundamentados en que el ICBF emplee un enfoque diferencial en la ejecución de su política pública, principalmente en materia de salud, educación y alimentación para los niños afro⁵².

Con todo lo anterior, al identificarse en este caso un procedimiento que incumple los requisitos esenciales en materia de consulta previa, por cuanto, se reitera, una reunión de concertación no es asimilable a un proceso de consulta previa, la Sala Octava de Revisión revocará la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena que en segunda instancia negó la tutela del derecho fundamental. En su lugar, confirmará la sentencia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena, que concedió en primera instancia el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad de Negros de Barú, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Para la Sala, en este caso, procede la acción de tutela de manera definitiva por la vulneración de un derecho fundamental ante la comprobada falta de consulta previa a la comunidad accionante. Al contrario de lo establecido por la sentencia de primer grado, no se estructura un perjuicio irremediable dado que el Programa de Primera Infancia no produce un daño grave, irreversible, impostergable que requiera la adopción de medidas urgentes para ser conjurado transitoriamente.

De igual manera, como quiera que el operador seleccionado por el ICBF se encuentra ejecutando el contrato y coincide con el sugerido por la comunidad afro en la reunión de concertación, la Sala no ordenará la suspensión del contrato de aporte suscrito entre el ICBF y la Corporación Socio Cultural de Afrodescendiente ATAOLE. Lo anterior, garantiza la protección del principio de interés superior de los niños afro de Barú y el acceso continuo y

con enfoque diferencial en el programa de primera infancia en materia de salud, educación y alimentación.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del 19 de enero de 2017, proferida en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cartagena, que había revocado la sentencia del 15 de noviembre de 2016, pronunciada en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Cartagena con Funciones de Conocimiento. En su lugar, CONFIRMAR la decisión del 15 de noviembre de 2016, que en primera instancia amparó el derecho fundamental a la consulta previa respecto de la COMUNIDAD NEGRA DE BARÚ, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- ORDENAR al MINISTERIO DEL INTERIOR que inicie junto con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y el CONSEJO COMUNITARIO DE NEGROS DE BARÚ, un proceso de consulta previa mediante un procedimiento que establezca el enfoque étnicamente diferenciado que deberá garantizar el Programa de Primera Infancia, respecto de los niños pertenecientes a la Comunidad Negra de Barú, en materia de salud, educación y alimentación, en los precisos términos de la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que, con ocasión del proceso de consulta previa dispuesto anteriormente, no debe suspenderse la ejecución del contrato suscrito con la CORPORACIÓN SOCIO CULTURAL DE AFRODESCENDIENTE ATAOLE, por las razones expuestas en esta providencia.

Cuarto.- SOLICITAR a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO y a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, brinden apoyo, vigilancia y acompañamiento al proceso de consulta previa dispuesto en esta providencia, con el fin de garantizar de manera efectiva el derecho fundamental aquí protegido. Para el

anterior efecto, por Secretaría General de esta Corporación, ofíciase a las entidades referenciadas.

Quinto.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Con salvamento de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-667 DE 2017

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Se debió declarar la improcedencia por cuanto ICBF garantizó participación en el Programa de la Primera Infancia que adelanta el ICBF (Salvamento de voto)

Expediente: T-6.251.830.

Referencia: Sentencia T-667 de 2017

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, suscribo el presente salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia. En mi criterio, en el presente caso, no se acreditó amenaza ni vulneración del derecho a la consulta previa. Por el contrario, está acreditado que, con ocasión de la implementación del programa de “cero a siempre” en la comunidad accionante, el ICBF (i) garantizó la participación de esta última por medio de sus legítimos representantes; y (ii) que su participación fue efectiva y decisiva. Por lo tanto, la solicitud de tutela ha debido ser negada.

1. Primero, está acreditado en el expediente que la ejecución del programa “de cero a siempre” en la comunidad afectada estuvo antecedida de una concertación entre el ICBF y la comunidad accionante el día 10 de septiembre de 2016. Esta concertación se realizó en virtud del derecho de petición interpuesto por el actor el 2 de agosto de 2016⁵³, en el que solicitaba una reunión con la entidad para lograr un enfoque étnico diferencial en la ejecución del referido programa. En dicha reunión, participaron activamente los representantes del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú⁵⁴, quienes tuvieron la oportunidad de plantear sus inquietudes y sugerencias frente a la implementación del proyecto social para la primera infancia, y, en efecto, así lo hicieron.

1. Segundo, la participación de la comunidad accionante fue decisiva y efectiva en la implementación del programa de “cero a siempre”. En efecto, en el marco de la concertación, los representantes de dicha comunidad propusieron que la Corporación Sociocultural de afro descendientes (ATAOLE) fuera la encargada de la operación del programa “primera infancia”. Dicha propuesta fue “estudiada y adoptada en sesión del Comité de Contratación de la Regional Bolívar [del ICBF] y se procedió a contratar con la

FUNDACIÓN ATAOLE”⁵⁵. En efecto, dicha corporación fue justamente la seleccionada por el ICBF para la operación de dicho programa y, actualmente, se encuentra ejecutando dicho contrato⁵⁶.

1. En tales términos, el ICBF no vulneró el derecho a la consulta previa de la comunidad accionante. Por el contrario, el ICBF adelantó un proceso de concertación mediante el cual obtuvo el consentimiento de la comunidad para adelantar el programa de “cero a siempre”. Dicho proceso garantizó la participación activa de la comunidad, por medio de sus representantes, generó un proceso de diálogo y, además, el ICBF acogió e implementó la propuesta de la comunidad accionante. Por lo tanto, no había lugar al amparo concedido.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

1 Hogares Comunitarios de Bienestar FAMI: se encargan de atender a las madres gestantes y lactantes, y a los niños hasta dos años, enseñándoles a las familias buenas prácticas de cuidado y crianza.

2 Manual de Contratación M1.MPA1.P6, Versión 4 del 17 de septiembre de 2015. Título I.

3 Folios 9 y 10, cuaderno 1

4 Folios 155 a 162, cuaderno 1

5 Folios 155 y 156, cuaderno 1

7 Folio 13, cuaderno 3

8 Ibídem

9 Decreto 2388 de 1979, reglamentario de la Ley 7, en sus artículos 123 al 129.

10 Folio 15, cuaderno 3

11 Folios 17 y 18, cuaderno 3

12 Folios 111 a 115, cuaderno 1.

13 Folio 112, cuaderno 1

14 Folio 113, cuaderno 1

15 Folios 163 y 164, cuaderno 1

16 Folios 165 a 177, cuaderno 1

17 A folios 14-17, obra copia de la Resolución 1513 del 28 de febrero de 2014 en la cual la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias reconoce e inscribe la junta directiva del Consejo Comunitario de la Comunidad Negra de Barú. En su numeral tercero (folio 17) reconoce al señor LEONARD VALLECILLAS MOLINA como representante legal del Consejo Comunitario.

18 Folio 177, cuaderno 1.

19 Folios 226 a 236, cuaderno 1

20 A la espera de la inclusión de la contestación al expediente.

21 “ARTÍCULO 2o. POLÍTICA DE CERO A SIEMPRE. La política de “cero a siempre”, en tanto política pública, representa la postura y comprensión que tiene el Estado colombiano sobre la primera infancia, el conjunto de normas asociadas a esta población, los procesos, los valores, las estructuras y los roles institucionales y las acciones estratégicas lideradas por el Gobierno, que en corresponsabilidad con las familias y la sociedad, aseguran la protección integral y la garantía del goce efectivo de los derechos de la mujer en estado de embarazo y de los niños y niñas desde los cero (0) hasta los seis (6) años de edad.

Se desarrolla a través de un trabajo articulado e intersectorial que desde la perspectiva de derechos y con un enfoque de gestión basado en resultados, articula y promueve el conjunto de acciones intencionadas y efectivas encaminadas a asegurar que en cada uno de los

entornos en los que transcurre la vida de las niñas y los niños existan las condiciones humanas, sociales y materiales para garantizar la promoción y potenciación de su desarrollo. Lo anterior a través de la atención integral que debe asegurarse a cada individuo de acuerdo con su edad, contexto y condición”.

22 Folio 176, cuaderno 1.

23 T-177 de 2011 y SU-588 de 2016, entre otras.

24 Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007, T-702 de 2008 y T-681 de 2008.

25 Sentencia T-235 de 2010.

26 La Ley 70 de 1993, entiende por comunidad negra “...el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”.

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

29 Ibídem.

30 Ibídem.

31 Ibídem.

32 Ver folio 261.

33 Ver folio 14.

34 La normativa aplicable a este tipo de contrato estatal está compuesta por la Ley 7ª de 1979, el Decreto 2388 de 1999, el artículo 122 del Decreto 2150 de 1995, el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación No.1084 de 2015 y demás disposiciones concordantes.

35 “En efecto, el negocio jurídico de aporte es un contrato estatal especial suscrito entre el

ICBF y un contratista, en el que el primero se compromete, como su nombre lo indica, a efectuar aportes o contribuciones en dinero o especie a una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, y especialmente a instituciones de utilidad pública o de beneficencia, o de reconocida capacidad técnica o social con el fin de que atienda bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal humano y técnico, un área específica del sistema de bienestar social, es decir, aquellas dirigidas a la atención a la integración y realización armónica de la familia, así como a la protección efectiva de la niñez y adolescencia.” CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941)

36 Sobre este punto ha sostenido el Consejo de Estado lo siguiente: “Ahora bien, en relación con la naturaleza del negocio jurídico mencionado, es preciso señalar que se trata de un contrato estatal regulado por las normas del Estatuto General de la Contratación Pública –ley 80 de 1993–, y cuya posibilidad de celebración se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 21 de ley 7 de 1979[1] y el decreto 2388 de 1979. En efecto, se trata de una clase de convención atípica encaminada a que el ICBF –en virtud de su función de propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteja al menor de edad y le garantice sus derechos– suscriba con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o internacionales el manejo de sus campañas, de los establecimientos destinados a sus programas y en general para el desarrollo de su objetivo.”(CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941))

37 Tomado del Manual de Contratación del ICBF: Disponible en el siguiente enlace: http://www.icbf.gov.co/portal/page/portal/Descargas1/Contratacion1/MANUAL_CONTRATACION.pdf

38 “ Como se aprecia, el contrato de aporte tiene las siguientes características esenciales: i) es un contrato estatal regido por la ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; constar por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el

artículo 41 de la ley 80 de 1993; iv) bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y vi) conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro” CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-25-000-1995-01884-01(16941).

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

40 Decreto 2388 de 1979: “Artículo 125. El ICBF, podrá celebrar los contratos de que trata el artículo 21, numeral 9° de la Ley 7ª de 1979 con Instituciones de Utilidad Pública o Social de reconocida solvencia moral y técnica, dando preferencia a las más antiguas y que hayan sobresalido por sus méritos y dotes administrativos.”

41 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 2 de diciembre de 1996, M.P. Luis Camilo Osorio: “Los contratos de aportes establecen la obligación del ICBF de proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes necesarios para la prestación total o parcial del servicio (Decreto 2388 / 79, art. 128), su naturaleza es la de contratos administrativos; de otro lado este contrato no corresponde a la enumeración prevista en la Ley 80 de 1993 o Estatuto de Contratación, la cual tiene por objeto regular los correspondientes a las entidades estatales, entre las que se encuentran los establecimientos públicos; sin embargo siendo un contrato atípico, se enmarca en el texto de los artículos 32 y

40 de esta ley a cuyo régimen se sujetan.”

42 Como puede verse en el cuadro incluido en el Fl. 245

43 En este punto el Decreto 2388 de 1979 establece que respecto de la naturaleza particular del contrato de aporte se puede decir que este puede celebrarse : “Artículo 123. El ICBF, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.”

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

45 Así lo informó el ICBF en el escrito de contestación a la acción de tutela.

46 El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aplicable vía bloque de constitucionalidad, es claro en establecer el deber de consulta y participación al pueblo interesado cuando alguna medida administrativa o política pública, como esta, sea susceptible de afectación directa.

47 T-201 de 2017.

48 Ver Sentencia SU-039 de 1997.

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

50 Folio 176, cuaderno 1.

51 T-201 de 2017.

52 T-200 de 2014: “La jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1), al exigir que en “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.”

53 Folio 11, Cuaderno 1.

54 Folio 261, Cuaderno 1.

56 Folio 206, Cuaderno 1.