

**ACCIÓN DE TUTELA / CONSULTA PREVIA / COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE / ESCOGENCIA DEL OPERADOR DEL PROGRAMA DE ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA / DERECHOS DE LOS NIÑOS / INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

En el caso sub examine, la parte actora (...) alega que se vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, autonomía, autogobierno, participación y a una atención con enfoque diferencial étnico afro de la primera infancia de las comunidades negras de los municipios de Santiago de Cali, Pradera, Florida, Candelaria, Palmira, Cerrito, Guacarí, Tuluá, Zarzal, Roldanillo, Cartago, Bugalagrande, Andalucía, Sevilla, Restrepo y Trujillo; por cuanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, omitió consultar a dichos grupos étnicos sobre la escogencia del operador para el programa de atención a la primera infancia en la modalidad de desarrollo infantil en medio familiar a ejecutarse durante el 2017 (...) [L]a consulta previa deprecada debe circunscribirse indefectiblemente al ámbito de los derechos de los niños, los cuales son los destinatarios de la misma y ostentan protección especial de rango constitucional. Frente a este tópico, la jurisprudencia ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus garantías, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor (...) Se reitera que el interés superior del niño no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de minorías, como lo son las comunidades afrodescendientes. Sus miembros están obligados, en el marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños la protección especial que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen. La Corte Constitucional en ocasiones anteriores ha afirmado que la Carta Superior protege de manera especial el interés preferente del menor afro, el cual no solamente es vinculante para los jueces, sino también para las propias comunidades y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica. Se aprecia entonces, que de concederse irrestrictamente el derecho a la consulta previa de las comunidades negras, se estarían violentando de manera indefectible los derechos de los niños y niñas que habitan tales poblaciones, puesto que actualmente carecen del programa a implementar, agravando así su condición de vulnerabilidad previa, cual es la de minoría étnica (...) Además, la no escogencia del operador de programa de atención a la primera infancia, no genera per se afectación de la idiosincrasia de la comunidad afrodescendiente de los municipios del Valle de Cauca, puesto que cualquier operador que se designe puede respetar sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales, desde que se le brinden los parámetros y lineamientos pertinentes. Por otra parte, no hay que dejar de lado que la contratación estatal, cualquiera que sea su objetivo o ámbito, debe supeditarse a las reglas que la cobijan, cuales son los principios de transparencia, objetividad y neutralidad, con la finalidad de limitar la discrecionalidad eventual y evitar el favorecimiento indebido. Por lo tanto, imponerle un operador para el programa infantil al ICBF, exclusivamente, en razón de su pertenencia y conocimiento de la comunidad afrodescendiente, lejos de salvaguardar sus derechos, podría dar pie a la malversación de los recursos o desconocimiento de los parámetros técnicos y logísticos y la consecuente afectación del servicio prestado a los infantes.

**NOTA DE RELATORÍA:** En el Boletín de Jurisprudencia No. 195 (Abril 2017) se incluyó la sentencia de tutela del 2 de marzo de 2017 (página No. 12), Sección Quinta, exp. 47001-23-33-000-2016-00054-01(AC), C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Dicha providencia resolvió, en diferente sentido, idéntica situación a la examinada en la presente sentencia. Ordenó que, en los futuros contratos, de forma previa a la escogencia del operador del programa de atención a la primera infancia, se consultara a las comunidades afrodescendientes. Ello, luego de

considerar que, debía garantizarse la participación en elaboración del programa, en aras de mantener la formación y costumbres de los menores pertenecientes a la colectividad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00053-01(AC)**

**Actor: WILSON RENTERÍA RIASCOS Y OTROS**

**Demandado: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS**

Decide la Sala la impugnación presentada por la coordinadora del grupo jurídico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Valle del Cauca, contra la sentencia de 02 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, que resolvió acceder al amparo a los derechos a la participación, la consulta previa, la concertación, la autonomía, el libre desarrollo, la identidad cultural y la educación pertinente, invocados en la acción de tutela promovida contra del Ministerio del Interior y el ICBF.

**EL ESCRITO DE TUTELA**

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir de la siguiente forma los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante<sup>1</sup>:

Los señores Wilson Rentería Riascos y Jairo Rodríguez Palacios, como delegados nacionales de las comunidades negras y afrocolombianas por el departamento del Valle del Cauca ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, manifestaron que el Ministerio del Interior emitió el concepto No. E-2016-391041-0101 del 12 de agosto de 2016, mediante el cual estipuló que *“no encuentran la necesidad de surtir un proceso de consulta previa para los programas de primera infancia que desarrolla el ICBF, pues la consulta podría requerir tiempos mayores no*

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 7.

*correspondientes al carácter urgente que asiste al atender situaciones determinadas que se subsanan con los programas de primera instancia.”*

Indicaron que posterior a ese comunicado, el ICBF ha llevado a cabo consultas previas en el departamento de Magdalena, específicamente en los municipios de Fundación y Aracataca, con protocolización de fechas 4 y 20 de octubre de 2016, respectivamente, como consecuencia de la acción de tutela fallada por el Tribunal Administrativo de Magdalena y confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2016 (la cual anexaron al escrito petitorio).

Afirmaron que dicha entidad ha venido desarrollando en las comunidades afrodescendientes del Valle del Cauca; el programa de atención a la primera infancia en la modalidad de desarrollo infantil en medio familiar<sup>2</sup>, sin realizar la respectiva consulta previa y concertación con los consejos comunitarios de las comunidades negras y organizaciones de base.

Comentaron que en diciembre de 2016, el ICBF celebraría la contratación de operadores para dicho programa, correspondiente a la vigencia fiscal del 2017 en los municipios de Santiago de Cali, Pradera, Florida, Candelaria, Palmira, Cerrito, Guacari, Tuluá, Zarzal, Roldanillo, Cartago, Bugalagrande, Andalucía, Sevilla, Restrepo y Trujillo.

Agregaron que de llevarse a cabo dicho programa, sin la realización de la consulta previa, se estaría desconociendo la cultura afro, sus valores, tradiciones, cosmovisión y forma de vivir, vulnerando así, los derechos a su autonomía, autogobierno, consulta, participación y a una atención con enfoque diferencial étnico afro de la primera infancia.

Adujeron que, tanto la Dirección Nacional del ICBF, como sus sedes regionales, se amparan en el concepto No. E-2016-391041-0101 del 12 de agosto de 2016 del Ministerio del Interior, para desconocer el derecho a la consulta y que adicionalmente, no es viable aplicar un trato diferencial, garantizando el derecho en ciertas zonas (Magdalena) y desconociéndolo en otras, ya que es una sola entidad a nivel nacional.

Establecieron como sustento jurídico, los artículos 6, 13, 29, 90, 121 y 122 de la Constitución Política, la sentencia del Consejo de Estado con radicación 47001-

---

<sup>2</sup> Atención para niños de entre 0 y 5 años en dichos territorios.

23-33-000-2016-00002-01 del 5 de julio de 2016, las sentencias de la Corte Constitucional C-539, C- 634 y C-816 de 2011, los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Ley 70 de 1993, y el párrafo 3 del artículo 9 de Ley 1804 de 2016.

### Pretensión

Como consecuencia de lo anterior, solicitaron que se ordene al Ministerio del Interior y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que realicen el proceso de consulta previa y concertación con los concejos comunitarios y organizaciones de base afro de los municipios de Santiago de Cali, Pradera, Florida, Candelaria, Palmira, Cerrito, Guacari, Tuluá, Zarzal, Roldanillo, Cartago, Bugalagrande, Andalucía, Sevilla, Restrepo y Trujillo del Departamento del Valle del Cauca, tendiente a la escogencia del operador para la atención a los niños afro en el programa de primera infancia modalidad desarrollo infantil en medio familiar, para la contratación de la vigencia 2017.

Se ordene como medida cautelar al ICBF, abstenerse de celebrar cualquier contratación para la operación de dicho programa en los respectivos municipios para el periodo 2017, hasta que se incluya en el proceso de escogencia del operador a los representantes de las comunidades negras de los mencionados territorios.

## **INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO**

### **Ministerio del Interior**

En escrito radicado el 29 de noviembre de 2016,<sup>3</sup> la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, aseveró que de acuerdo a los Decretos 2893 de 2011, 2613 de 2013 y 1066 de 2015, su competencia se limita a:

“i) Garantizar el proceso de Consulta Previa, para las comunidades étnicas. Cuando así se requiera, ii) **A solicitud de parte, expedir las certificaciones de presencia o no de Comunidades étnicas en el marco de ejecución del proyecto.**”

Después de exponer el marco jurídico nacional e internacional de la consulta previa, puntualizó que lo que debe ser objeto de participación étnica es la definición general de los lineamientos del programa para la primera infancia y no

---

<sup>3</sup> Folios 68 a 72 del expediente.

como lo quieren hacer ver los tutelantes, “cada resguardo, cabildo, parcialidad indígena o consejo comunitario considerados de manera particular y concreta (...).”

Igualmente indicó que “se haría muy dispendioso y oneroso, tomar cada fragmento multicultural del país para consultar algo que debe salir construido desde el rector de la Política Pública.” Para sustentar dicha aseveración, señaló que entre cabildos, resguardos y comunidades indígenas, kumpanias<sup>4</sup>, consejos comunitarios de comunidades negras y organizaciones de base, hay un total de 9.393 organizaciones.

A manera de excepciones, alegó la improcedencia de la acción de tutela, la subsidiaridad de la misma y la falta de legitimación en la causa por activa, solicitando que estas se declaren probadas.

#### **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

La apoderada de la referida entidad contestó el libelo introductorio<sup>5</sup> y solicitó desestimar las pretensiones expuestas, con los argumentos que se sintetizan a continuación:

A través de la Ley 1295 de 2009<sup>6</sup> se reglamentó la atención integral a la primera infancia y mediante la Ley 1450 de 2011, se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, en donde se dispuso ajustar la oferta programática para la primera infancia. Indicó que dicha ley surtió el proceso de consulta previa con las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales.

Ergo, “el proceso de consulta previa de la atención a primera infancia se surtió antes de expedir la citada Ley 1450 de 2011, por lo anterior, solo es procedente que se realice concertación con cada una de las comunidades, con la finalidad de fijar los componentes de atención acorde con sus costumbres.”

Por otra parte, manifestó que al permitirse la escogencia directa del operador, por parte de la comunidad, se estarían exponiendo a i) la prestación de un servicio sin el lleno de los requisitos legales, financieros y técnicos; ii) la existencia de intereses clientelistas; iii) el surgimiento de asociaciones representantes de las

---

<sup>4</sup> “Es el conjunto de grupos familiares configurados patrilínealmente, que a partir de alianzas de diverso orden optan por compartir espacios para vivir cerca o para itinerar de manera conjunta. En Colombia, se ubican generalmente en sitios específicos de centros urbanos, ciudades principales e intermedias del país.” Consultado el 16 de febrero de 2017 en: <http://www.mininterior.gov.co/content/kumpania-kumpany-plural>.

<sup>5</sup> Folios 73 a 85 del expediente.

<sup>6</sup> Derogada por 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.”

comunidades, que en realidad no velen por sus intereses y; iv) la obtención de la contratación por motivo de intereses personales.

En la misma dirección, indicó que la escogencia del operador constituye una medida administrativa, que en nada se relaciona con los elementos esenciales de la identidad cultural, los cuales sí están relacionados con la aplicación de la educación diferencial y la vinculación del talento humano.

Adicionalmente, comentó que la acción incoada no cumplía con el presupuesto de subsidiariedad, por cuanto el medio idóneo para atacar el asunto en cuestión, eran las acciones (hoy medios de control) de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho y tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio iusfundamental irremediable.

Por último, resaltó que la obligación de protección integral de los niños, niñas y adolescentes mediante programas de atención, se vería conculcada, toda vez que el procedimiento de consulta previa requiere de tiempos que mayores que menoscabarían la inmediatez del plan a implementar.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

En su oportunidad, la representante del Ministerio Público rindió su concepto<sup>7</sup>, en el que solicitó conceder el amparo de los derechos incoados.

Lo anterior, con base en que después de repasar la normatividad que le da soporte jurídico al principio de igualdad, la consulta previa, la presunción de veracidad y de considerar lo atinente al Banco de Oferentes del ICBF, concluyó que se vería conculcado el derecho a la igualdad de las comunidades afro del Departamento Valle del Cauca, en relación con las del Magdalena, por cuanto a estas sí se les dio la oportunidad de realizar la consulta y participar de esta forma en la escogencia del operador de los servicios a la primera infancia (aun cuando se hubiere hecho por acatamiento de un fallo de tutela).

### **TRÁMITE PROCESAL**

---

<sup>7</sup> Folios 52 a 67 del expediente.

Por reparto según competencia territorial, le correspondió conocer del asunto *sub lite* a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, pero ulteriormente se consideró lo estipulado en el Decreto 1834 de 2015<sup>8</sup>, el cual establece que:

“Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas. Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación.”

Así entonces, según el directorio de la página web de la Rama Judicial, el Tribunal Administrativo de Magdalena conoció en primera instancia de la acción de tutela impetrada por el señor Carlos Alfonso Cassiani Barrios contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con radicación No. 47001-23 33 000 2016 00002 00, en donde se alegó la protección de los mismos derechos fundamentales por idéntica omisión de parte del Ministerio del Interior y el ICBF.

Por advertirse unidad de objeto, causa y sujeto pasivo, el inicial a quo remitió el proceso de la referencia al Tribunal Administrativo de Magdalena por ser de su competencia, según el Decreto 1834 de 2015.

Por otro lado, negó la solicitud de medida provisional, por cuanto a pesar de invocarla, no aportó prueba que permitiera colegir un perjuicio que hiciera más gravosa la presunta vulneración del derecho fundamental invocado.

#### **LA SENTENCIA DE TUTELA IMPUGNADA**

El Tribunal Administrativo de Magdalena, mediante Sentencia del 02 de diciembre de 2016<sup>9</sup>, resolvió:

«[...] PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental A LA PARTICIPACIÓN, CONSULTA PREVIA, CONCERTACIÓN, A LA AUTONOMÍA, Y LIBRE DESARROLLO, A LA IDENTIDAD CULTURAL Y A UNA EDUCACIÓN PERTINENTE, de los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras y

<sup>8</sup> “Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas.”

<sup>9</sup> Folios 108 a 115 del expediente.

afrocolombianas de los municipios de SANTIAGO DE CALI, PRADERA, FLORIDA, CANDELARIA, PALMIRA, CERRITO, GUACARI, TULUÁ, ZARZAR, ROLDANILLO, CARTAGO, BUGALAGRANDE, ANDALUCIA, SEVILLA, RESTREPO Y TRUJILLO DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNASE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a través de su Director Regional, que en el término de 48 horas contados (sic) a partir de la notificación de la presente providencia adelante el proceso de consulta previa con los Consejos comunitarios de los Municipios del Valle del Cauca tendientes a la escogencia de un operador para los programas de primera infancia que el ICBF desarrolla en los municipios (...).

TERCERO: ORDÉNASE a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior que, dentro del marco de sus competencias, dirija el proceso de consulta relativos (sic) a la escogencia de un operador para los programas de primera infancia que el ICBF desarrolla en los municipios de (...).

CUARTO: SOLICITAR a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN el acompañamiento de la comunidad objeto de amparo en el proceso de consulta ordenado, siempre y cuando la comunidad lo estime pertinente.

Fundamentó su decisión de la siguiente manera:

La consulta previa, según pronunciamiento constitucional “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.”<sup>10</sup>

Coligió que sin lugar a dudas, las comunidades negras tienen derecho a la consulta previa y a la educación diferencial, las cuales es procedente amparar por la vía de tutela, puesto que sus integrantes deben recibir una formación y enseñanza que respete sus costumbres y desarrolle su identidad cultural.

#### **DE LA IMPUGNACIÓN**

La apoderada del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar impugnó el fallo de 02 de diciembre de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Magdalena, y solicitó que se declare que la atención a la primera infancia fue objeto de consulta previa antes de la expedición de la Ley 1450 de 2011<sup>11</sup>; con base en los siguientes argumentos<sup>12</sup>:

Manifestó que en los planes de desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” y 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, las entidades estatales participaron en la consulta previa con la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras,

<sup>10</sup> Sentencia SU-039 de 1997.

<sup>11</sup> Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

<sup>12</sup> Folios 124 a 139 del expediente.



Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, para el desarrollo de programas dirigidos a grupos étnicos. Frente a esto agregó que dicha concertación quedó soportada en “las Actas de Consulta Previa citadas en el artículo 273 de la Ley 1450 de 2011, norma que se encuentra vigente al no ser derogada ni modificada por el actual Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.”

Por ende, reiteró que el proceso de consulta previa de la atención a la primera infancia, ya se encuentra surtido, siendo innecesario adicionarle más trámites a la respectiva contratación e incurriendo en el riesgo de menoscabar la inmediatez y celeridad frente a los derechos de los niños y niñas, los cuales se consideran prevalentes dentro de la gestión administrativa del Estado.

Sostuvo además, que en la Directiva Presidencial No. 1 de marzo de 2010<sup>13</sup>, se estableció que entre las actividades que no requieren de consulta previa, se encuentra:

“(…)

c) Cuando se deban tomar medidas urgentes en materia de salud, epidemias, índices preocupantes de enfermedad y/o morbilidad, desastres naturales y garantía o violación de Derechos Humanos.”

En consecuencia, mencionó que es imperioso que “las soluciones de complementación nutricional y desarrollo integral se pongan en marcha con la mayor diligencia y en respeto a las disposiciones legales y administrativas vigentes.”

Mencionó que la entidad ha propiciado espacios de concertación con las comunidades étnicas para determinar los lineamientos que deben orientar el programa de la primera infancia. Sin embargo, no por esto se puede llegar a la potestad de elegir al operador, teniendo en cuenta que este puede carecer de los requerimientos técnicos y financieros necesarios para llevar a buen término tal labor.

Resaltó que el derecho fundamental a la consulta previa no es absoluto y que deben observarse igualmente: i) la afectación directa que sufra la comunidad étnica; ii) la incidencia de la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico; iii) que las medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades no hagan parte de las que han sido previstas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos; iv) si la restricción a los derechos de la comunidad persigue o no un interés público imperativo; v) la

---

<sup>13</sup> “Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.”

proporcionalidad entre la medida que afecte el derecho de las comunidades y el logro de un legítimo objetivo; y vi) que interfiera en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido.

Por su parte, el representante del Ministerio del Interior radicó impugnación<sup>14</sup> contra el fallo del a quo, sin observancia del término legal para hacerlo. En todo caso, su recurso de alzada reiteró lo expuesto en el informe rendido sobre la acción de tutela.

### **PETICIÓN DE CUMPLIMIENTO**

Los tutelantes, amparados bajo el Decreto 2591 de 1991, solicitaron<sup>15</sup> al a quo que se le ordene al ICBF Seccional Valle, dar cumplimiento inmediato al fallo de primera instancia, en cuanto a los programas de primera infancia en el territorio afro para el año 2017, so pena de incurrir en las sanciones descritas en el artículo 27 del Decreto en mención.

La Sala advierte que por ser competencia del fallador de primera instancia, no es de su resorte pronunciarse al respecto y proseguirá con el trámite ordinario para el asunto objeto de estudio.

### **VINCULACIÓN PROCESAL**

Previo a resolver de fondo el asunto puesto a su consideración, la Sala se percató de la necesidad de vincular al presente proceso al Ministerio de Educación Nacional, habida cuenta de que es la entidad central encargada de las políticas educativas y los parámetros de acceso a las mismas.<sup>16</sup>

### **CONSIDERACIONES**

Atendiendo a los argumentos expuestos en el recurso de alzada y a las pruebas que obran en el expediente, se decidirá el asunto sometido a consideración, en el siguiente orden: **(i)** la competencia para decidir el recurso de amparo; **(ii)** la determinación del problema jurídico; **(iii)** la procedencia de la acción de tutela; **(iv)** el derecho a la consulta previa; **(v)** el derecho a la igualdad; **(vi)** los derechos de la primera infancia; y **(vii)** el caso concreto.

<sup>14</sup> Folios 151 a 154 del expediente.

<sup>15</sup> Folio 142 del expediente.

<sup>16</sup> Folio 164.

### **Competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto estipula que “(...) *Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente (...)*”, esta Sala es competente para conocer la presente impugnación contra el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Magdalena, de 02 de diciembre de 2016.

### **Problema Jurídico.**

La Sala advierte que el asunto sub judice contiene dos problemas jurídicos a resolver, de conformidad con el escrito de impugnación:

Determinar si la consulta realizada por la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, en los planes de desarrollo 2010-2014 y 2014-2018, cumple el requisito de consulta previa respecto del programa de primera infancia del ICBF para la comunidad afrocolombiana de los municipios plurimentados del Valle del Cauca.

Adicionalmente, se establecerá si el ICBF vulnera el derecho fundamental a la igualdad de las comunidades afrocolombianas de los mencionados municipios del Valle del Cauca, teniendo en cuenta que sí realizó una consulta previa para la contratación del operador del programa de atención a la primera infancia en el municipio de Aracataca del departamento de Magdalena.

### **La procedencia de la acción de tutela.**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo judicial, preferente para la defensa de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. La subsidiariedad significa que la acción procede únicamente en alguna de las siguientes hipótesis: cuando no existen mecanismos judiciales de defensa para proteger un derecho constitucional; cuando existen esos medios de defensa pero, en el marco del caso concreto, no resultan idóneos o eficaces para conjurar la amenaza o violación del derecho; o,

cuando la acción se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio *ius fundamental* irremediable.

La Corte Constitucional en Sentencia T-187 de 2010<sup>17</sup>, manifestó que la acción de tutela es subsidiaria y, por tanto, no sustituye los mecanismos procesales ofrecidos por el ordenamiento jurídico para defender los intereses de los particulares. Al respecto, precisó que:

“(...) La acción de amparo es un mecanismo preferente y sumario que busca dar protección privilegiada a los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos se vean amenazados por una autoridad pública con su acción u omisión y excepcionalmente cuando se vean conculcados por un particular.

De igual manera la acción de tutela, por su naturaleza, opera de manera subsidiaria y residual, lo que implica que para su procedencia el accionante debe i) carecer de un mecanismo de defensa judicial o carezca de eficacia o ii) estar ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable y el amparo se promueva como mecanismo transitorio(...).”

Sin embargo, la misma jurisprudencia constitucional y dando aplicación a lo establecido en los incisos 2º y 3º del artículo 13 de la Constitución Política de 1991, expresa que tal regla tiene su excepción, verbigracia el caso que nos atañe, frente a la protección de los derechos fundamentales de un grupo poblacional que se considera sujeto de especial protección en razón de su condición étnica, cual es la de comunidades negras.

Así las cosas, los requisitos de procedencia para solicitar el amparo del derecho a la consulta previa, no excluyen los relacionados con la subsidiariedad y la inmediatez y por tanto la presente acción es, indiscutiblemente, el mecanismo adecuado para proteger los derechos de la parte accionante, de comprobarse que los beneficios de los que son titulares han sido vulnerados por parte de las autoridades que fueron demandadas en esta oportunidad, análisis que precisamente será abordado a continuación de cara a la normatividad aplicable y a las reglas jurisprudenciales construidas al respecto.

Por lo anterior, se colige que no le asiste razón a la apoderada del ICBF cuando en el informe rendido en primera instancia manifiesta que la acción impetrada no cumplía con el requisito de subsidiariedad, y que el medio idóneo para poner en controversia el asunto, lo constituían los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho.

---

<sup>17</sup> M.P. doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

En adición a este razonamiento, cabe mencionar que por tratarse de derechos atinentes a menores de edad, prima la prevalencia reconocida por el ordenamiento superior en su artículo 44<sup>18</sup>, sobre las demás prerrogativas existentes. Tanto es así 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.”<sup>19</sup>

### **El derecho a la consulta previa.**

El derecho a la consulta previa se encuentra consagrado en el artículo 2<sup>20</sup> de la Carta Política, en concordancia con el 7<sup>21</sup> y el 40<sup>22</sup> y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales,<sup>23</sup> el cual estableció en su artículo 6 que los gobiernos deberían:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

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

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de

<sup>18</sup> “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

<sup>19</sup> Sentencia T-200 de 2014. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

<sup>20</sup> ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

<sup>21</sup> ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

<sup>22</sup> ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...)

2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

7. Desarrollado por la Ley 43 de 1993 Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

<sup>23</sup> Incorporado a la legislación interna mediante la Ley 21 de 1991.

llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Además, en su artículo 7 estipuló que:

“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

Frente a la incorporación de tal normatividad a la legislación interna, debe recordarse que:

“(i) El Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad y por tanto el mandato constitucional que ordena la consulta previa debe interpretarse tomando en consideración lo establecido por el mencionado Convenio, tal y como lo ordena el artículo 93 de la Carta, que señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.”<sup>24</sup>

Por lo anterior, las comunidades negras tienen derecho a decidir sobre las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlas. Por lo que deben ser consultadas sobre la realización de las actividades que se pretendan realizar dentro de su territorio, buscando de esta forma proteger su integridad cultural y social y garantizar así el derecho a la participación.

Es oportuno resaltar que la consulta no implica sólo un trámite informativo y que no debe limitarse a una simple reunión con las comunidades étnicas. El gobierno debe propender para desarrollar de la mano de las mismas, un proceso en el que

---

<sup>24</sup> Sentencia T-129 de 2011.

se conecten los diversos diálogos de saberes y de esa forma lograr una sincronía en cuanto a los planes a implementar, respetando en todo momento sus valores y prácticas.

Por otra parte, la Ley 70 de 1993<sup>25</sup>, puntualizó que:

**“ARTICULO 35.** Los programas y los servicios de educación destinados por el Estado a las comunidades negras deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con ellas, a fin de responder a sus necesidades particulares y deben abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores, sus formas lingüísticas y dialectales y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.”

Lo anterior, ya que la diferenciación positiva en materia de acceso a la educación tomando la raza como criterio, lejos de trasgredir el ordenamiento superior, se ajusta al mismo, en la medida en que busca mejorar la situación de un grupo étnico como las comunidades afrocolombianas, que históricamente han sido tratadas como grupos marginales, excluidos de los beneficios y derechos de los demás miembros de la organización social.<sup>26</sup>

### **El derecho a la igualdad.**

Este derecho encuentra su piedra angular en el artículo 13 constitucional, el cual estipula a su tenor que:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” (Subrayado fuera de texto).

A su vez, la Sentencia T-291 de 2009, puntualizó que:

“La igualdad es uno de los pilares sobre los que se funda el Estado colombiano. La Constitución reconoce la igualdad, como un principio, como un valor, y como un derecho fundamental, que va más allá de la clásica fórmula de igualdad ante la ley, para erigirse en un postulado que apunta a la realización de condiciones de igualdad material. Bajo esta perspectiva, un propósito central de la cláusula de igualdad, es la protección de grupos tradicionalmente discriminados o marginados; protección que en

<sup>25</sup> “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.”

<sup>26</sup> Sentencia T-586 de 2007.

un Estado social de derecho, se expresa en una doble dimensión: por un lado, como mandato de abstención o interdicción de tratos discriminatorios (mandato de abstención) y, por el otro, como un mandato de intervención, a través del cual el Estado está obligado a realizar acciones tendientes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos (mandato de intervención). En relación con el primero, existe un deber de la administración de abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginamiento o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad. Esto se deriva principalmente de la cláusula de igualdad formal y del principio de no discriminación establecido en el inciso primero del artículo 13” (Subrayado fuera de texto).

En concordancia con esas acciones tendientes a superar las condiciones de desigualdad material que enfrentan dichos grupos, la Ley 1804 de 2016, estableció en cuanto al programa a la primera infancia que<sup>27</sup>:

“En la ejecución e implementación de la política se toma 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. El Estado trabajará por restablecer los derechos y brindar reparación integral de manera prioritaria a aquellos niños y niñas que hayan sido víctimas del conflicto armado y violencias asociadas, del maltrato infantil, de la violencia intrafamiliar, del abandono, de la discriminación o de cualquier situación de vulneración de derechos.” (Subrayado fuera de texto).

Como se observa, la multiculturalidad étnica y racial de Colombia está protegida bajo el derecho a la igualdad, la cual evita el solapamiento de conductas con claros fines discriminatorios, máxime cuando se trata de poblaciones vulnerables; en el entendido de la viabilidad y necesidad de adoptar medidas diferenciadoras a favor de las mismas.

La riqueza cultural del país es un bien inmaterial que debe protegerse, aun cuando se aleje diametralmente de las representaciones de vida y concepciones del mundo que priman en la sociedad dominante y en la organización política, social, económica, productiva, religiosa, racial, lingüística, etc.

En senda jurisprudencia se le ha dado a la consulta previa el trato que ostenta, de acuerdo a su calidad de derecho fundamental, del cual son titulares los grupos étnicos del país y a su vez hacen parte las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas.

### **Los derechos de la primera infancia.**

---

<sup>27</sup> 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.”



Sobre el particular, hay que recordar que los derechos de los menores de edad priman sobre los de los demás, ofreciéndoles mayores garantías y beneficios, para proteger su formación y desarrollo. Igualmente, al ser estos, sujetos de protección constitucional reforzada, atraen de manera prioritaria las actuaciones oficiales y particulares que les conciernen. Así, en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños y los de las demás personas, deberá dárseles prelación a aquéllos.

Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad amplio para evaluar, al aplicar la preceptiva atinente y ante las circunstancias fácticas de los menores de edad involucrados, la solución que mejor satisfaga dicho interés.

La definición de dichas pautas surgió de la necesidad de recordar los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades en relación con la preservación del bienestar integral de niños, niñas y adolescentes, que requieren su protección, lo cual obliga a jueces y funcionarios públicos a aplicar un grado especial de diligencia y cuidado al momento de decidir, aún más tratándose de niños de corta edad, cuyo desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión adversa a sus intereses y derechos.<sup>28</sup>

Recordemos además, que tal como lo señaló el Tribunal Constitucional, “El Estado tiene la obligación de determinar las medidas pertinentes para la prestación del servicio [de educación], las cuales, deben atender al interés de niños, niñas y adolescentes sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad, no sólo como sujetos de protección especial sino como plenos sujetos de derecho.”

### **Caso Concreto.**

En el caso sub examine, la parte actora, conformada por dos Delegados Nacionales de las Comunidades Negras y Afrocolombianas por el Departamento del Valle del Cauca ante el Espacio Nacional de Consulta Previa, alegan que se vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, autonomía, autogobierno, participación y a una atención con enfoque diferencial étnico afro de la primera infancia de las comunidades negras de los municipios de Santiago de

---

<sup>28</sup> Sentencia T-075 de 2013.

Cali, Pradera, Florida, Candelaria, Palmira, Cerrito, Guacari, Tulua, Zarzal, Roldanillo, Cartago, Bugalagrande, Andalucía, Sevilla, Restrepo y Trujillo; por cuanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, omitió consultar a dichos grupos étnicos sobre la escogencia del operador para el programa de atención a la primera infancia en la modalidad de desarrollo infantil en medio familiar a ejecutarse durante el 2017.

El juez de instancia concedió el amparo deprecado, considerando que el derecho a la consulta previa de las mencionadas comunidades negras, había sido vulnerado y ordenó al ICBF llevar a cabo la misma, en un plazo no mayor a 48 horas, para escoger al operador del programa de primera infancia.

La Sala entrará a analizar los presupuestos dados en el presente caso, para así poder resolver los problemas jurídicos identificados.

Debe precisarse que en algunas ocasiones, la consulta previa con las comunidades es percibida como un obstáculo para desarrollar los proyectos previstos, sin embargo, tal concepción desconoce la importancia de estos grupos frente a la construcción de la identidad nacional, entre otros factores.

En consecuencia, al momento de ejercer tal derecho, los colectivos se encuentran con múltiples obstáculos, incluyendo la estigmatización del reclamo de lo que legítimamente les pertenece.

Adicionalmente, algunas autoridades encargadas de velar por su cumplimiento tienden a evadir tal responsabilidad y a argumentar que dicho proceso no resulta necesario, lo que redundaría en un desconocimiento de sus particularidades propias. Esto pone de manifiesto la omisión que las entidades estatales hacen de la regulación en dicha materia y en reemplazo llevan a cabo reuniones informales sin el lleno de los requisitos exigidos.

Sobre el particular, es menester recordar que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que intervenga los territorios de comunidad étnicas, sin importar el nivel de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas:<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Sentencia T-172 de 2013.

“(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. (Subrayado fuera de texto).

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*.

(...)

(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.”

Solamente respetando estos presupuestos, puede asegurarse que la consulta sea llevada a cabo correctamente, con la plena participación y representación de los pueblos étnicos.

Ahora bien, aunque el ICBF afirma que la consulta previa ya fue surtida en su debida oportunidad, por cuanto las entidades estatales participaron de ella con la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, es pertinente traer a colación la Sentencia C-461 de 2008, en donde la Corte manifestó que:

“(…) tal representación<sup>30</sup> no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica. En efecto, los representantes indígenas incluidos en el Consejo Nacional de Planeación no expresan la cosmovisión de cada una de las comunidades afectadas por cada proyecto individual incluido en el Plan de Inversiones Públicas. La obligación constitucional de llevar a cabo la consulta previa de tales proyectos individuales expresa el principio de democracia participativa –sensible a las particularidades, detalles y diversidad del caso concreto-, en la medida en que en tales proyectos de consulta, se permitirá que cada comunidad concreta afectada en forma diferencial, directa y específica por un proyecto en particular haga oír su posición y participe, así, en la adopción de las decisiones correspondientes. No se deben confundir las instancias de representación y participación de los grupos étnicos en el proceso de formación de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo.”

Ergo, aun cuando se realice dicha concertación en el camino hacia la estructuración del Plan Nacional de desarrollo, existe el deber de realizar la consulta previa, respecto de cada uno de los proyectos individuales en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia.

No obstante, si bien, el Estado Social de Derecho garantiza la protección de los derechos reconocidos, también debe mantener un orden jurídico objetivo y sopesar proporcionalmente, cuál debe ser el rasero para conceder tales prerrogativas, teniendo en cuenta el contexto y los intereses en pugna.

En consecuencia, se debe hablar de una racionalización del derecho a la consulta previa, pues esta, en modo alguno puede prevalecer en contravía de los derechos de los infantes.

Por lo anterior, hay que tener en cuenta que todos los derechos presentan cierto grado de limitación de acuerdo a la situación particular, por ende, su disfrute y desarrollo no pueden entenderse como absolutos. De este modo, la consulta previa deprecada debe circunscribirse indefectiblemente al ámbito de los derechos de los niños, los cuales son los destinatarios de la misma y ostentan protección especial de rango constitucional.

---

<sup>30</sup> La del Consejo Nacional de Planeación y su rol directo en la preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo.

Frente a este tópico, la jurisprudencia ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus garantías, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. Este principio 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.”<sup>31</sup>

Se reitera que el interés superior del niño no encuentra excepciones de ninguna clase, ni siquiera tratándose de minorías, como lo son las comunidades afrodescendientes. Sus miembros están obligados, en el marco de sus usos y costumbres, a garantizarles a los niños la protección especial que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen. La Corte Constitucional en ocasiones anteriores ha afirmado que la Carta Superior protege de manera especial el interés preferente del menor afro, el cual no solamente es vinculante para los jueces, sino también para las propias comunidades y debe ser evaluado de acuerdo a su identidad cultural y étnica.<sup>32</sup>

Se aprecia entonces, que de concederse irrestrictamente el derecho a la consulta previa de las comunidades negras, se estarían violentando de manera indefectible los derechos de los niños y niñas que habitan tales poblaciones, puesto que actualmente carecen del programa a implementar, agravando así su condición de vulnerabilidad previa, cual es la de minoría étnica.

En providencia de similares características, en las que esta Corporación dirimió lo relativo al eventual quebranto de la consulta previa frente a la implementación del programa de atención a la primera infancia afrodescendiente del municipio de Ciénaga (Magdalena), se estableció que<sup>33</sup> “aunque los planes que se ejecuten en las comunidades étnicas pueden estar sujetos a la consulta previa, en el evento en que los derechos de los niños puedan resultar afectados por el agotamiento de ese procedimiento, la autonomía de esos grupos minoritarios debe ceder para salvaguardar el

---

<sup>31</sup> Sentencia T-200 de 2014.

<sup>32</sup> Sentencia T-921 de 2013.

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., seis (6) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Expediente: 47001-23-33-000-2016-00055-01. Demandante: Fundación Afrorazales de Ciénaga (Magdalena) Demandados: Ministro del Interior y directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

mandado previsto en el artículo 44 de la Constitución Política , con lo cual se les garantiza un desarrollo óptimo a los infantes.”

Lo precedente, considerando que la alimentación tiene un papel fundamental en el desarrollo de los niños, pues de ella depende en gran medida el progreso que puedan llegar a alcanzar durante su vida adulta, frente a lo cual, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>34</sup>, instó a los estados parte adoptar medidas encaminadas a combatir los efectos de la desnutrición crónica en la primera infancia, así como a impulsar programas estatales para mejorar la nutrición en las familias de escasos recursos y de este modo, reducir y erradicar la mortalidad y la morbilidad prevenibles, resultado de la malnutrición, de niños menores de 5 años.

Además, la no escogencia del operador de programa de atención a la primera infancia, no genera per se afectación de la idiosincrasia de la comunidad afrodescendiente de los municipios del Valle de Cauca, puesto que cualquier operador que se designe puede respetar sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales, desde que se le brinden los parámetros y lineamientos pertinentes.

Por otra parte, no hay que dejar de lado que la contratación estatal, cualquiera que sea su objetivo o ámbito, debe supeditarse a las reglas que la cobijan, cuales son los principios de transparencia, objetividad y neutralidad, con la finalidad de limitar la discrecionalidad eventual y evitar el favorecimiento indebido. Por lo tanto, imponerle un operador para el programa infantil al ICBF, exclusivamente, en razón de su pertenencia y conocimiento de la comunidad afrodescendiente, lejos de salvaguardar sus derechos, podría dar pie a la malversación de los recursos o desconocimiento de los parámetros técnicos y logísticos y la consecuente afectación del servicio prestado a los infantes.<sup>35</sup>

Al respecto, la Corte Constitucional en reciente fallo<sup>36</sup>, donde confirmó parcialmente la decisión del Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Segunda de Decisión Civil Familia, que ordenó al ICBF adelantar los trámites tendientes a lograr la concertación entre las comunidades afro, el ICBF y los operadores de los

---

<sup>34</sup> Resolución 28/10 de 2 de abril de 2015.

<sup>35</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C. Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ. Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767). Actor: CARLOS EDGAR MORENO RINCON. Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA; SECRETARIA DE HACIENDA.

<sup>36</sup> Sentencia T-475 de 2016.

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

Lo anterior, por cuanto el derecho fundamental a la consulta previa puede limitarse cuando se haga manifiesta una situación de vulneración de los derechos de los niños, y la intensidad de dicha restricción puede ser mayor dependiendo del grado de afectación de los mismos y de la urgencia en su atención y protección. En ese caso, procederán a implementarse los programas pertinentes, incluso sin la concertación con las comunidades, bien sea porque ésta se intentó y no se concretó o bien porque la situación de apremio lo impidió.

En cuanto a la Sentencia de la Sección Cuarta de esta misma Corporación<sup>37</sup>, cuyo antecedente se puso de presente por la parte actora, en donde se resolvió la impugnación presentada ante el Tribunal de Magdalena por similar sustento fáctico y ante la misma entidad demandada, en el sentido de confirmar el amparo de los derechos objeto de estudio, del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Aracataca “*Jacobo Pérez Escobar*” y ordenó al ICBF realizar las reuniones necesarias para garantizar el derecho a la participación, debe recordarse que los efectos predicados de la acción de tutela son inter partes, es decir, su alcance es concreto y se circunscribe al caso particular resuelto en su oportunidad, por lo que a juicio de esta Colegiatura, no constituye un argumento suficiente para confirmar el amparo concedido, máxime teniendo en cuenta lo relativo a los derechos de los niños y niñas.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Consejo de Estado radicación número 47001-23-33-000-2016-00002-01 del 5 de julio de 2016. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia (E).

<sup>38</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil ocho (2008). Radicación número: 47001-23-31-000-2007-00437-01(AC). Actor: AROLDO DE JESÚS BEQUIS DE LA ROSA Y OTROS. Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO FERNANDO TROCONIS.

Además, en virtud de la autonomía judicial, el juez cuenta con un margen razonable de interpretación y aplicación de la norma, realizando la correspondiente ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas, para así procurar la integridad del ordenamiento normativo y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausarlo hacia la realización de los fines constitucionales<sup>39</sup>, por lo cual, no puede pretenderse la aplicación de pronunciamientos judiciales a manera de fórmula matemática, esperando idéntico resultado cuando están presentes los factores necesarios, pues cada situación jurídica, envuelve su propia complejidad e individualidad, no siendo posible predicar la obligatoriedad en la aplicación de las resultas de un caso similar.

En caso contrario, se vería comprometida la imparcialidad del operador judicial, pues atendiendo al grado de uniformidad de ciertas circunstancias, tomaría partido anticipadamente, contaminando así la *sindéresis* necesaria para resolver objetiva y equánimemente el caso puesto en su conocimiento.

Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí la importancia del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro del Estado.

Corolario a lo anterior, se recuerda que, como en líneas anteriores quedó descrito, que la problemática objeto de discusión fue definida por el alto tribunal constitucional mediante sentencia T-475 de 2016, en los mismo términos descritos por esta Sala de decisión.

Por lo expuesto, para la Sala es claro que debe denegarse el derecho a la consulta previa de las Comunidades Negras y Afrocolombianas de los municipios de Santiago de Cali, Pradera, Florida, Candelaria, Palmira, Cerrito, Guacari, Tuluá, Zarzal, Roldanillo, Cartago, Bugalagrande, Andalucía, Sevilla, Restrepo y Trujillo, del Valle del Cauca; representados por Wilson Rentería Riascos y Jairo Andrés Rodríguez, en cuanto lo pretendido es invocar la misma para obtener “únicamente” la escogencia de operador, por lo que se revocará la decisión de primera instancia

---

<sup>39</sup> Sentencia C-836 de 2001.



del 05 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena.

No obstante, en razón a que la concertación con las comunidades afrodescendientes resulta indispensable para salvaguardar su autonomía e identidad cultural, la Sala exhortará al director regional del Valle del Cauca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que establezca un diálogo permanente con la comunidad afrodescendiente de los municipios correspondientes sobre la ejecución del programa de atención a la primera infancia, en aras de garantizar sus costumbres y tradiciones.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**I. REVOCAR** la Sentencia de 02 de diciembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena que amparó los derechos fundamentales invocados por la parte actora dentro de la acción de tutela que promovió contra el Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**II. EXHORTAR** al director regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF seccional Valle del Cauca, para que establezca un diálogo permanente con las comunidades afrodescendientes de dicho departamento frente a la ejecución del programa de atención a la primera infancia, en aras de garantizar sus costumbres y tradiciones, de acuerdo a lo aquí expuesto.

**III. LIBRAR** las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

**IV.** En acatamiento a las disposiciones del artículo 32 *ibídem*, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS**

**CARMELO PERDOMO CUÉTER**