

CONSULTA PREVIA - Regulación normativa

El derecho a la consulta previa, como modalidad especial del derecho a la participación, cobró relevancia normativa en Colombia después de la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al derecho interno, por parte del Congreso de la República, mediante la Ley 21 de 1991. Dicho instrumento internacional fue adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT la cual tuvo lugar en Ginebra en el año de 1989, para regular diferentes aspectos relacionados con los pueblos indígenas y tribales en los países independientes.

ACCIÓN DE TUTELA - La providencia cuestionada no vulnera los derechos a la autonomía, a la igualdad, a la participación, a la consulta previa, a la concertación, a la educación inicial de la primera infancia con enfoque diferencial afro y de legalidad / PROGRAMAS DE ATENCIÓN A LA PRIMERA INFANCIA - La consulta previa no puede ir en detrimento de los derechos de los niños a quienes se les ha venido suministrando servicios / CONSULTA PREVIA - Para la contratación del operador que debe prestar el servicio de atención integral a la primera infancia no debe realizarse a los programas que están en curso

[E]s claro que la entidad demandada no realizó el trámite de consulta previa para la escogencia del operador que llevaría a cabo el programa en mención; sin embargo, respecto del impacto que genera dicha omisión a la comunidad actora debe tenerse en cuenta que, en primer término el programa de educación a la primera infancia es de carácter general y operará en todo el municipio de Plato, Magdalena, y, en segundo término, no todos los niños que residen en el mismo forman parte de la comunidad afro(...). En materia de derechos de menores pertenecientes a comunidades étnicas o raizales minoritarias se debe comprender además de la protección especial, la garantía de desarrollo y educación de los niños con el enfoque diferencial y el respeto a los rasgos culturales que los particularizan de los niños que pertenecen a otros grupos sociales mayoritarios. Por ende, para este caso concreto debe tenerse en cuenta que en el municipio de Plato, Magdalena, habitan niños de comunidades afro, pero también residen niños de otros grupos o comunidades sociales por lo que las medidas que se adopten respecto de la educación de la primera infancia repercuten en todos ellos, indistintamente de que pertenezcan o no a comunidades minoritarias raizales, lo que implica que cualquier decisión que se adopte sobre el particular debe tener en cuenta esa particular situación(...). En efecto, tratándose de la contratación del operador para ejecutar el programa de atención a la primera infancia debe atender las necesidades de la comunidad en general y, de forma específica, propender por garantizar que los menores de edad que forman parte del grupo afro sean formados bajo unos estándares que respeten y mantengan sus costumbres, lo que implica que el objeto del programa deberá ser objeto de concertación y consulta con los miembros de la colectividad en mención(...). Conforme a lo anterior se observa que la entidad ha realizado un conjunto de labores tendientes a que la comunidad actora conozca y participe del proceso de implementación del programa de atención a la primera infancia del municipio de Plato, Magdalena(...). [L]a Sala advierte la necesidad de confirmar parcialmente el amparo realizado por el a quo, bajo el entendido de que la consulta previa debe llevarse a cabo para garantizar a la comunidad afro el acceso y la participación mediante concertación de los procesos y términos del programa de atención a la primera infancia, pero (...) revocará la orden de realizar consulta previa para los programas de atención a la primera infancia cuyos contratos se encuentren en curso.

FUENTE FORMAL: / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 70 / DECRETO 2591 DE 1991 / DECRETO 1069 DE 2015 / LEY 70 DE 1993 / CONVENIO OIT 169 / LEY 21 DE 1991 / CONVENIO DE GINEBRA DE 1989 / LEY 70 DE 1993

NOTA DE RELATORÍA: Respecto al derecho a la concertación o consulta previa, ver: Corte Constitucional, sentencia T-475 del 1 de septiembre de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo. En cuanto al principio del interés superior del menor, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-262 del 18 de mayo de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Respecto de la contratación del operador para el desarrollo del programa de primera infancia, ver: Corte Constitucional, sentencia T- 415 del 8 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

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

Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00054-01(AC)

Actor: CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS AFROCOLOMBIANAS DE PLATO, MAGDALENA, “MANUEL MANE ARRIETA IRIARTE”

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Decide la Sala la impugnación presentada por el director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, contra el fallo del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, a través del cual accedió a la solicitud de amparo¹.

ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

El Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrocolombianas de Plato-Magdalena “Manuel Mane Arrieta Iriarte”, actuando a través de su representante legal, instauró acción de tutela contra el ICBF, con el fin de que se protegieran sus derechos y principios a la autonomía, a la igualdad, a la participación, a la consulta previa, a la concertación, a la educación inicial de la primera infancia con enfoque diferencial afro y de legalidad, los cuales consideró vulnerados con ocasión de la falta de realización de consulta previa para la escogencia del operador que va a

¹ Folios 104 a 111.

llevar a cabo el programa de atención de los niños afro de primera infancia, modalidad desarrollo infantil en medio familiar, que se adelantará por contratación en la vigencia del año 2017².

En consecuencia, solicitó:

*“(...) 1.- Se amparen los derechos fundamentales de las comunidades negras y afrocolombianas del Municipio de PALTO (sic)-MAGDALENA a **LA AUTONOMÍA, A LA IGUALDAD, A LA PARTICIPACIÓN, A LA CONSULTA PREVIA Y CONCERTACIÓN, A UNA EDUCACIÓN INICIAL A LA PRIMERA INFANCIA CON ENFOQUE DIFERENCIAL AFRO VIOLADOS POR EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y EL ICBF.***

*2.- Se ordene AL MINISTERIO DEL INTERIOR Y AL ICBF celebrar PROCESO DE CONSULTA PREVIA Y CONCERTACIÓN con **EL CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFROCOLOMBIANAS DE PLATO- MAGDALENA MANUEL MANE ARRIETA IRIARTE** tendiente a la ESCOGENCIA DEL OPERADOR PARA ATENCIÓN A LOS NIÑOS AFRO EN EL PROGRAMA DE PRIMERA INFANCIA MODALIDAD DESARROLLO INFANTIL EN MEDIO FAMILIAR para la CONTRATACIÓN de vigencia 2017 que se celebrará en diciembre de 2016 (...).”*

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

Informó que el Ministerio del Interior envió la Comunicación E-2016-391041 del doce (12) de agosto de dos mil dieciséis (2016) al ICBF, mediante la cual rindió concepto sobre los procesos de consulta previa en los programas de primera infancia, en el sentido de indicar 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 correspondientes al carácter urgente que asiste al atender tiempos mayores no correspondientes al carácter urgente que asiste al atender situaciones determinadas que se subsanan con los programas de primera infancia”*.

Refirió que con fundamento en dicho concepto, el ICBF se abstuvo de realizar la consulta previa para escoger el operador del programa de atención de la primera infancia en el municipio de Plato, Magdalena; además, para la fecha de radicación de la presente acción la entidad tendría planeado realizar la contratación en diciembre de dos mil dieciséis (2016).

3. Sustento de la petición

² Folios 1 a 6.

Expuso que el ICBF, al omitir la realización de la consulta previa en el municipio de Plato, Magdalena, lesionó los derechos fundamentales invocados, toda vez que aplicó un concepto del Ministerio del Interior que no es de obligatorio cumplimiento en virtud del cual dicha cartera conceptuó sobre la falta de necesidad de agotar ese trámite, en atención al carácter urgente que reviste la atención de la primera infancia (niños afros de 0 a 5 años).

Mencionó que la demandada desconoció que en un caso similar se realizó consulta previa para contratar el operador que iba a desarrollar el programa de primera infancia en el municipio de Aracataca, Magdalena, con participación del Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrocolombianas de Aracataca, Jacobo Pérez Escobar, proceso que se surtió a través de protocolización del veinte (20) de octubre de dos mil dieciséis (2016) con una duración total de un (1) día.

Manifestó que por tal motivo no se excusa que, en este caso, el ICBF haya sustentado su omisión en el concepto del Ministerio del Interior que como justificación a la falta de necesidad de la consulta previa plasmó el carácter urgente, en la medida en que en el caso del municipio de Aracataca, Magdalena, esta solo duró un día; además, que el proceso de protocolización frente a ese ente territorial fue posterior a la conceptualización invocada por el ICBF.

Comentó que el ICBF desconoció que la consulta previa es obligatoria en esos casos, pues se trata de la atención de niños que hacen parte de la comunidad afrodescendiente, quienes requieren una formación con énfasis en cultura y valores afro, por lo que es indispensable que la colectividad representada por los consejos comunitarios elija al operador para el desarrollo del programa.

Trajo a colación una sentencia de tutela emitida el veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016) por el Tribunal Administrativo del Magdalena, confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en providencia del cinco (5) de julio de dos mil dieciséis (2016), en la cual se ampararon los derechos del Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrocolombianas de Aracataca y se ordenó al ICBF que adelantara los trámites de consulta previa para escoger el operado que iba a adelantar el programa de primera infancia desarrollado en ese municipio.

4. Trámite procesal en primera instancia

Por auto del treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016) el Tribunal Administrativo de Magdalena admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó su notificación a la Procuraduría Delegada para Asuntos Étnicos, al ministro del Interior y a la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, con el fin de que dentro del término de dos (2) días contestaran la demanda³.

5. Contestaciones

³ Folios 120 a 123.

5.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Por escrito radicado el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), la entidad contestó la demanda por medio del director del ICBF Regional Magdalena, bajo los siguientes términos⁴:

Efectuó un recuento sobre el marco jurídico que regula la consulta previa a la luz del artículo 2º de la Constitución Política y de los Convenios OIT que regulan la materia, y puntualizó que acorde con lo estipulado en la Directiva Presidencial 01 de marzo de dos mil diez (2010) el Ministerio del Interior es el único organismo competente para coordinar la realización de dicho mecanismo.

Refirió que la Ley 1450 de 2011 ajustó la oferta para la primera infancia que surtió el proceso de consulta previa para comunidades con enfoque diferencial, pero tal norma fue expedida luego de que se realizara el trámite en mención, por lo que solo es procedente efectuar concertación con cada una de las comunidades.

Expuso que de llegarse a permitir la escogencia directa del operador para la realización del programa de atención a la primera instancia, se abre una ventana a múltiples riesgos como la puesta en peligro de la prestación de un servicio que no cumpla con los requerimientos, la generación de intereses clientelistas alejados del enfoque diferencial, el aumento de consejos comunitarios cuyo vínculo con la comunidad está en tela de juicio y los autoreconocimientos para captar otros intereses so pretexto del enfoque diferencial.

Indicó que el ICBF viene garantizando a las comunidades afrodescendientes los derechos a la participación, a la autonomía, al libre desarrollo, a la identidad cultural y a una educación pertinente, razones por las cuales la atención diferencial debe ser garantizada, aspecto que de todas formas no está relacionado con la escogencia de un operador en la medida en que ello es una prerrogativa de la entidad y se impone a toda la población.

Narró que por similares razones se han incoado varias acciones de tutela contra el instituto y aún no existe un criterio unificado en torno al tema, por lo que se elevó consulta al Ministerio del Interior con el fin de tener claridad jurídica ,y como consecuencia de ello, la cartera ministerial emitió el concepto del diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016), identificado con el radicado S-2016-224543-0101, el cual si bien no tiene carácter vinculante sí brinda claridad.

Anotó que en virtud de ello, se estableció que las actuaciones, decisiones o medidas que se adopten con destino a los niños deben tener como eje central al infante, por lo cual las comunidades étnicas en su entorno también deben tener como prioridad al menor.

Relató que la presente acción de tutela no cumple con el requisito de subsidiariedad, en la medida en que la Ley 1437 de 2011 establece la posibilidad de demandar los actos precontractuales, como los que son objeto de controversia,

⁴ Folios 58 a 80.

y de solicitar medidas provisionales; además que no se configura un perjuicio irremediable ya que la parte actora no aportó prueba sobre ello.

Destacó la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, así como el hecho de que la obligación del ICBF en torno a la protección integral de niños, niñas y adolescentes se vería afectada al someterla a procedimiento de consulta previa.

Informó sobre las acciones que ha realizado la entidad con el fin de garantizar el enfoque diferencial, tales como la expedición de la Resolución 2000 de 2014 y las minutas de los contratos de aporte para la contratación del servicio de primera infancia, en las cuales se incluyeron obligaciones a cargo de la Entidad Administradora del Servicio, EAS, relacionadas con la atención pertinente, oportuna y de calidad de los seis componentes (familia, comunidad y redes, salud nutrición, pedagógico, ambientes seguros y protectores, talento humano y administración y gestión).

6. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal Administrativo de Magdalena dispuso⁵:

“(…) PRIMERO.- AMPARAR el derecho fundamental a la PARTICIPACIÓN, CONSULTA PREVIA, CONCERTACIÓN, AUTONOMÍA, y LIBRE DESARROLLO, IDENTIDAD CULTURAL y a una EDUCACIÓN PERTINENTE, al Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrocolombianas “MANUEL MANE ARRIETA IRIARTE” del Municipio de Plato- Magdalena, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNASE al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a través de su Director Regional, para que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de la presente providencia adelante el proceso de consulta previa con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrocolombianas “MANUEL MANE ARRIETA IRIARTE” del Municipio de Plato-Magdalena.

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

CUARTO: Solicitar a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN el acompañamiento de la comunidad objeto de amparo en

⁵ 104 a 111.

el proceso de consulta ordenado, siempre y cuando la comunidad lo estime pertinente (...)”.

Como fundamento de su decisión, consideró que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los derechos a la consulta previa y a la educación son fundamentales; además, que el Decreto 2893 de 2011 reguló el mencionado mecanismo de participación.

Sustentó que corresponde al Ministerio del Interior, a través de la Dirección de Consulta Previa, dirigir en coordinación con el ICBF los procesos para la implementación del plan de primera instancia, así como a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y palenqueras realizar los trámites de consulta previa con el objeto de adoptar medidas administrativas del nivel nacional como las que implementó la entidad demandada.

Precisó que en este caso hay certeza sobre la existencia de comunidades negras, de los consejos comunitarios que las representan y de las organizaciones accionantes, las cuales están legitimadas para reclamar el amparo de los derechos constitucionales de sus integrantes.

Concluyó que el ICBF ha lesionado los derechos fundamentales invocados, por lo cual accedió al amparo.

7. Impugnación

Mediante escrito radicado el once (11) de enero de dos mil diecisiete (2017), el director del ICBF Regional Magdalena impugnó el fallo de primera instancia, bajo estos términos⁶:

Manifestó que en la providencia recurrida, el *a quo* no tuvo en cuenta que el trámite de la consulta previa requiere del cumplimiento de unos requisitos y conlleva a el agotamiento de una serie de procedimientos tales como reuniones y debates relacionados con la especialidad del servicio a prestar, los cuales toman más de 48 horas, por lo que el término otorgado en la parte resolutive de la sentencia es insuficiente.

Afirmó que en el antecedente de la consulta previa realizada con el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Afrocolombianas “Manuel Mane Arrieta Iriarte” del municipio de Plato, Magdalena, se presentaron dificultades en la construcción de un acuerdo, por cuanto las pretensiones de la colectividad exacerbaban las posibilidades del instituto, por lo que ante un eventual fracaso debía agotarse un nuevo proceso, lo cual representaría un desgaste en tiempo y recursos.

Advirtió que la consulta previa, si bien es obligatoria, no puede convertirse en el mecanismo para la escogencia del operador que desarrolle el programa objeto de controversia, porque no es posible que el ICBF se sustraiga de efectuar un

⁶ Folios 123 a 135.

procedimiento legal previsto para tal efecto, de conformidad con el Decreto 1953 de 2014, y, en ese orden de ideas lo que se garantiza es que la comunidad participe en el modelo de educación a implementar en su territorio y que el operador que resulte escogido por el ICBF respete el modelo de atención diferencial a que tienen derecho las comunidades negras y afrocolombianas en los servicios de atención a la primera infancia.

Reiteró los múltiples riesgos a los que se expone la entidad al permitir la escogencia directa del operador por vía de consulta previa, y citó la sentencia C-068 de 2013 que abordó el tema de la participación de los pueblos indígenas y tribales, así como la dimensión del citado derecho, para efectos de aclarar que la atención diferencial debe ser efectivamente garantizada, pero ello nada tiene que ver con la escogencia del operador que realiza el programa específico en pro de la comunidad, de manera que si bien en el caso particular la consulta previa es necesaria, el sometimiento de escogencia del operador del servicio no lo es, al ser una medida administrativa que no tiene vínculos con los elementos esenciales de la identidad cultural.

Recaudó los mismos argumentos expuestos en la demanda en relación con la competencia del Ministerio del Interior para coordinar la realización de los procesos de consulta previa, con que dicho trámite se surtió antes de la expedición de la Ley 1450 de 2011 frente a la atención de primera infancia y con las concertaciones efectuadas en torno al tema.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por el actor contra la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Magdalena el catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), para lo cual se deberá analizar si el ICBF lesionó los derechos a la autonomía, a la igualdad, a la participación, a la consulta previa, a la concertación, a la educación inicial de la primera infancia con enfoque diferencial afro y de legalidad, con ocasión de la falta de realización de consulta previa para la escogencia del operador que va a llevar a cabo el programa de atención de los niños afro de primera infancia, modalidad desarrollo infantil en medio familiar, que se adelantará en la modalidad de contratación en la vigencia del año 2017.

2.3. Regulación normativa de la consulta previa

El derecho a la consulta previa, como modalidad especial del derecho a la

participación, cobró relevancia normativa en Colombia después de la incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al derecho interno, por parte del Congreso de la República, mediante la Ley 21 de 1991.

Dicho instrumento internacional fue adoptado por la 76ª reunión de la conferencia general de la OIT la cual tuvo lugar en Ginebra en el año de 1989, para regular diferentes aspectos relacionados con los pueblos indígenas y tribales en los países independientes.

En el artículo sexto, el convenio dispuso que al aplicar sus disposiciones los gobiernos deberán consultar a los pueblos mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas, cada vez que sean previstas medidas de naturaleza legislativa o administrativa susceptibles de afectarlos directamente.

Entonces, cada vez que el Estado, a través de sus distintas instituciones o entidades, vaya a adoptar una decisión o a poner en marcha un programa que afecte a una determinada comunidad que conforme a sus características culturales, sociales o históricas sea un grupo de especial protección (indígenas, afrodescendientes, ROM, etc.), está obligado a surtir un trámite de consulta previa con el objeto de concertar y poner en conocimiento de tales colectividades las respectivas medidas a adoptarse en su territorio, para que ellos puedan participar de las mismas, en desarrollo el principio de participación como manifestación de la democracia.

Lo anterior encuentra sustento en la protección y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que en virtud del artículo 70 de la Constitución Política está a cargo del Estado⁷, de manera que radica en las comunidades étnicas o raciales la titularidad de los derechos que se derivan de la participación, a través de la consulta previa, entre otros tantos mecanismos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha considerado que⁸:

“(...) es dado concluir que la obligación de consultar a los pueblos indígenas y tribales (incluyendo las comunidades negras o afro descendientes), debe darse “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. En esa medida, lo primero que se debe destacar es que el ámbito de aplicación de la consulta debe determinarse frente a cada caso particular, verificando la manera en la que se constituya

⁷ “ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.”.

⁸ Sentencia T-475 de 2016.

una afectación a los intereses de esas comunidades, y que se verifique que dichas comunidades reúnen los requisitos o elementos subjetivos y objetivos (...)

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

Ahora bien, para que en un caso específico se determine si una comunidad en particular tiene derecho a que se efectúe la consulta previa, la Corte Constitucional ha establecido la necesidad de identificar dos elementos, a saber:

- (i) Objetivo, que hace referencia a los elementos materiales que distinguen al grupo, o sea, los comportamientos colectivos dentro de los cuales se encuentran las características como costumbres, lengua, instituciones políticas y jurídicas, acontecimientos históricos, creencias religiosas, espirituales o de otro tipo, etc.
- (ii) Subjetivo, entendido como la percepción que tienen los miembros de una etnia o tribu sobre su propia individualidad que los diferencia de otros grupos humanos.

Estos dos elementos deben evaluarse al momento de analizar si hay lugar a garantizar el derecho fundamental a la consulta previa, y a ello se suma la verificación de la afectación de las medidas a los pueblos indígenas y tribales y que esta sea de forma directa, particular y específica.

2.4. Caso concreto

Con el ejercicio de la presente acción, el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Afrocolombianas del municipio de Plato, Magdalena, denominado “Manuel Mane Arrieta Iriarte” pretende que se protejan los derechos fundamentales invocados a nombre de la comunidad representada por dicha agrupación, que considera vulnerados con ocasión de la falta de realización de la consulta previa para la escogencia del operador que va a llevar a cabo el programa de atención de los niños afro de primera infancia, modalidad desarrollo infantil en medio familiar, que el ICBF adelantará a través de contratación en la vigencia del año 2017.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Magdalena, a través de la sentencia impugnada, accedió a la solicitud de amparo con fundamento en que el ICBF ha vulnerado el derecho a la consulta previa de los tutelantes.

La entidad demandada impugnó el mencionado fallo y, en su mayoría, las razones

que propuso están relacionadas con las dificultades de orden operativo para materializar la consulta previa, así como la prevalencia de los derechos de los niños sobre cualquier otro tipo de bien jurídico objeto de tutela.

Conforme a los argumentos de las partes, pasa la Sala a resolver el problema jurídico que hoy merece atención de esta Corporación, y, para tal efecto, examinará si el ICBF tiene que realizar la consulta previa en este caso, lo que implica analizar los criterios objetivo y subjetivo definidos en el capítulo anterior, así como verificar si hay afectación del programa a los pueblos indígenas y tribales y si esta es directa, particular y específica.

Para comenzar, se advierte que se encuentra configurado el elemento objetivo, toda vez que, según se observa, en el municipio de Plato, Magdalena, existe una comunidad negra y afrocolombiana que comparte costumbres, tradiciones, historia, cosmovisión, valores y otros elementos particulares que la diferencian de las demás agrupaciones o colectividades, y la caracterizan como “comunidad afro” y, por ende, las decisiones que la afecten deben tener en cuenta el enfoque diferencial con el fin de garantizar y proteger su autonomía como grupo raizal.

También se configura el elemento subjetivo, ya que la representante legal del consejo comunitario acudió al juez constitucional para que protegiera los derechos fundamentales del grupo al que representa, y aportó la certificación sobre la existencia de la Resolución 001 del seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), a través de la cual el alcalde del municipio de Plato, Magdalena, registró como comunidad afrodescendiente a la comunidad demandante⁹.

La Sala precisa que en virtud de la Ley 70 de 1993, se reconoció a las comunidades afrocolombianas como titulares individuales y colectivos de derechos fundamentales debido a su identidad diferenciada a la comunidad negra, por lo que no hay duda acerca de la necesidad de protección de esa diversidad a través de la consulta previa, ni de su calidad de sujetos activos de ese derecho.

En concordancia con este último punto, se pasa a verificar si la escogencia del operador que va a llevar a cabo el programa de atención a la primera infancia del municipio de Plato, Magdalena, afecta de forma directa a la población afrodescendiente que habita en este.

Se extrae de la contestación de la demanda que el ICBF no realizó consulta previa para la escogencia del operador que desarrollará el programa, y para excusar la falta de dicho trámite la entidad invocó el concepto S-2016-224543-0101 del diez (10) de agosto de dos mil dieciséis (2016) en el cual el Ministerio del Interior precisó que no había necesidad de agotarlo, por razones de prevalencia de los derechos de los niños sobre otros bienes jurídicos y en atención al tiempo que tomaría ese proceso.

Según lo informa el ICBF en el escrito radicado el diecinueve (19) de diciembre de

⁹ Folio 7.

dos mil dieciséis (2016)¹⁰, la entidad procedió a realizar la contratación de los operadores que prestarían el servicio de atención integral a la primera infancia del municipio de Plato, Magdalena para la vigencia 2017, teniendo en cuenta que el plazo para tal efecto venció el quince (15) del mismo mes y año, o sea, con anterioridad a la notificación de la sentencia de tutela.

Conforme a lo anterior es claro que la entidad demandada no realizó el trámite de consulta previa para la escogencia del operador que llevaría a cabo el programa en mención; sin embargo, respecto del impacto que genera dicha omisión a la comunidad actora debe tenerse en cuenta que, en primer término el programa de educación a la primera infancia es de carácter general y operará en todo el municipio de Plato, Magdalena, y, en segundo término, no todos los niños que residen en el mismo forman parte de la comunidad afro.

Ahora bien, respecto del derecho de los niños, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de que prevalecen sobre los demás derechos¹¹, toda vez que son sujetos de especial protección del Estado dado que, tratándose de los primeros años de vida de un ser humano, demandan un tratamiento integral para garantizar su bienestar.

En materia de derechos de menores pertenecientes a comunidades étnicas o raizales minoritarias se debe comprender además de la protección especial, la garantía de desarrollo y educación de los niños con el enfoque diferencial y el respeto a los rasgos culturales que los particularizan de los niños que pertenecen a otros grupos sociales mayoritarios.

Por ende, para este caso concreto debe tenerse en cuenta que en el municipio de Plato, Magdalena, habitan niños de comunidades afro, pero también residen niños de otros grupos o comunidades sociales por lo que las medidas que se adopten respecto de la educación de la primera infancia repercuten en todos ellos, indistintamente de que pertenezcan o no a comunidades minoritarias raizales, lo que implica que cualquier decisión que se adopte sobre el particular debe tener en cuenta esa particular situación.

Respecto de la contratación del operador para el desarrollo del programa de primera infancia, la Corte Constitucional en un caso similar al analizado, consideró que¹²:

“(...) Para esta Sala, la escogencia de determinado operador de dichos programas no tiene la virtualidad de configurar una afectación

¹⁰ Folios 120 y 121.

¹¹ Sentencia C-262 de 2016: *“(...) El principio del interés superior del menor se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral (...)”*.

¹² Sentencia T-415 de 2016.

directa en la identidad cultural de las comunidades representadas por los accionantes, pues las tradiciones alimentarias y el enfoque etnoeducativo de estas comunidades pueden ser garantizadas incluso por un operador que no pertenezca a las mismas.

(...)

Sobre el particular, conviene destacar que el derecho a la concertación o consulta previa no incorpora el deber de contratar con un operador específico. Es importante destacar que si bien puede ser conveniente que sean las propias comunidades las que ofrezcan la prestación de los servicios, lo importante en la atención de las necesidades de los menores de edad (afro descendientes o no) es la realización del interés superior del menor, que se garantiza asegurando que el prestador del servicio sea el más capacitado y permita maximizar los recursos económicos disponibles para la atención

(...)

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 (...) Destaca la Sala.

Como se puede observar, a veces de la Corte Constitucional la contratación de un operador no afecta de forma directa la identidad cultural de una determinada etnia o grupo raizal, de manera que el proceso contractual no puede obviar las reglas o ritualidades previstas por el legislador para tal efecto, ya que el hecho de que el contratista no sea o pertenezca al grupo minoritario no significa *per se* que el objeto del contrato se vaya a alejar del enfoque diferencial que requiere cada caso.

En efecto, tratándose de la contratación del operador para ejecutar el programa de atención a la primera infancia debe este atender las necesidades de la comunidad en general y, de forma específica, propender por garantizar que los menores de edad que forman parte del grupo afro sean formados bajo unos estándares que respeten y mantengan sus costumbres, lo que implica que el objeto del programa

deberá ser objeto de concertación y consulta con los miembros de la colectividad en mención.

En el presente caso, el ICBF aportó con la contestación de la demanda copia de las actas 01 del quince (15) de febrero de dos mil dieciséis (2016) y 02 del veintidós (22) de los mismos mes y año¹³, cuyo objeto fue la socialización y concertación de programas del ICBF dirigidos a grupos étnicos, trámites de los cuales se destaca la presencia del representante de la colectividad “Manuel Mané Arrieta Iriarte” a través de reuniones realizadas en las oficinas de la comunidad afro y se acordó en la primera sesión que se compararán bases de datos para establecer la cantidad de niños que pertenecen al grupo raizal y se acordó fechas futuras para la planeación de la ejecución del programa.

Adicionalmente, el ICBF manifestó que ha propendido por garantizar el enfoque diferencial en los servicios prestados a comunidades étnicas a través de la concertación y el diseño de estrategias para implementar programas que atiendan a las características y particularidades culturales y sociales de la población, así como al bienestar de los niños acorde con su estilo de vida, aspectos que son el sustento del Plan Operativo de Atención Integral que se diseña con base en la socialización en las comunidades.

Conforme a lo anterior se observa que la entidad ha realizado un conjunto de labores tendientes a que la comunidad actora conozca y participe del proceso de implementación del programa de atención a la primera infancia del municipio de Plato, Magdalena.

No obstante, si bien como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia T-475 de 2016 el hecho de no realizar consulta previa para escoger el operador del programa de atención a la primera infancia no lesiona ese bien jurídico, y sin necesidad de desconocer las labores de la entidad, antes señaladas, sí se requiere que en adelante el ICBF efectúe procesos de concertación con las comunidades raizales del municipio de Plato, Magdalena, con el fin de que se garantice la participación de estas en los procesos de atención a la primera infancia de los niños que pertenecen al grupo de afrodescendientes.

En ese sentido, la Sala advierte la necesidad de confirmar parcialmente el amparo realizado por el *a quo*, bajo el entendido de que la consulta previa debe llevarse a cabo para garantizar a la comunidad afro el acceso y la participación mediante concertación de los procesos y términos del programa de atención a la primera infancia, pero en el entendido de que el disentimiento entre la escogencia de un operador u otro no puede, bajo ninguna circunstancia, ser óbice para retrasar, interrumpir o suspender los servicios que se prestan a la niñez del municipio de Plato, Magdalena; además porque como lo estableció la Corte Constitucional en el caso citado de marras “(...) el derecho a la concertación o consulta previa no incorpora el deber de contratar con un operador específico (...)”¹⁴.

¹³ Folios 94 a 99.

¹⁴ Sentencia T-475 de 2016.

No sobra recordar que los trámites de consulta previa no pueden ir en detrimento de los derechos de los niños a quienes se les ha venido suministrando servicios relacionados con el programa de atención a la primera infancia, ya que sus intereses son prevalentes frente a los de las comunidades étnicas, lo que implica que no es posible suspender dichos servicios ante la necesidad de prestación inmediata e ininterrumpida del programa y, en ese sentido, se revocará la orden del *a quo* relacionada con la realización de la consulta previa para los programas que se encuentran en ejecución en este momento.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala pone de presente a las partes las siguientes pautas que a futuro debe seguir, con el fin de garantizar la concertación y participación de las comunidades étnicas en los procesos de contratación de los programas de atención a la primera infancia, las cuales brindan razones a esta Sala para confirmar parcialmente el amparo de los derechos fundamentales invocados y efectuar las siguientes advertencias:

- (i) Los procesos de concertación y consulta previa en determinadas comunidades deben estar destinados a socializar y acordar los parámetros, particularidades y especificidades que deben cumplir los programas de atención a la primera infancia, de manera que reconozcan la diversidad étnica de un grupo y propendan por brindar un enfoque diferencial en los servicios que se suministrarán, basado en los rasgos comunes culturales, sociales, históricos, ideológicos y demás que sean propios del grupo de niños afro que habitan en el municipio de Plato, Magdalena; lo anterior, con el objeto de que la formación, educación, alimentación y demás tratamientos requeridos por ellos comprendan también el núcleo diferencial que los identifica como miembros de las comunidades negras y afrocolombianas.
- (ii) Si bien el hecho de escoger determinado operador para que adelante el programa de atención a la primera infancia no implica la afectación de los valores, tradiciones, cultura y autonomía de las comunidades étnicas, sí es obligación del ICBF y de las demás entidades estatales competentes adelantar el trámite de consulta previa para fijar las condiciones de desarrollo del mismo, en lo que tenga que ver directamente con la garantía del enfoque diferencial y del conocimiento de la cultura de la etnia al momento de suministro de servicios o bienes a favor de los niños afro, **independientemente del operador que se vaya a contratar**.
- (iii) Bajo ninguna circunstancia el trámite de la consulta previa puede entorpecer o limitar la prestación del servicio a favor de los niños, por lo que ante la falta de acuerdo entre las comunidades y el ICBF en un término prudencial, la entidad estará obligada a adoptar las medidas tendientes al desarrollo del programa de atención a la primera infancia, siempre y cuando atienda al enfoque diferencial y haga énfasis en el conocimiento de la etnia y en el respeto de las costumbres de los niños que pertenecen a la comunidad afrodescendiente.

- (iv) Tanto las comunidades étnicas como las entidades del Estado deben tener presente que en el municipio de Plato, Magdalena, habitan niños que no forman parte de la comunidad afro, por lo que si bien en el trámite de concertación debe estar presente de forma obligatoria el componente diferencial y el fomento de la cultura de los niños que pertenecen a la misma, no debe pasarse por alto que el programa de atención a la primera infancia es general y debe responder a las necesidades de todos los niños quienes gozan de especial protección Estatal y cuyos derechos son prevalentes y se imponen por encima de otros bienes jurídicos.
- (v) La consulta previa no puede obviar las exigencias propias del régimen de contratación estatal, lo que implica que si operadores que forman parte de la comunidad afro se presentan como proponentes, deberán cumplir con las mismas, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado en la siguiente forma¹⁵:

“(...) 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 (...).”

Bajo las anteriores precisiones, la Sala confirmará parcialmente el amparo, ordenará el seguimiento de las pautas y advertencias antes relacionadas y revocará la orden de realizar consulta previa para los programas de atención a la primera infancia cuyos contratos se encuentren en curso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Revócase la orden impartida en el numeral segundo de la sentencia del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, en el entendido de que el

¹⁵ Sentencia T-475 de 2016.

programa de atención a la primera infancia que se encuentra en desarrollo para la vigencia 2017 no podrá ser suspendido, por las razones anotadas en las consideraciones de este proveído; y, en su lugar, emítase la siguiente disposición:

“Ordénase al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que en adelante y para futuros programas de atención a la primera infancia del municipio de Plato, Magdalena, siga las pautas y advertencias fijadas en la parte motiva de este proveído, las cuales también deberán ser tenidas en cuenta por parte de la comunidad actora.”.

SEGUNDO: Confírmase, en lo demás, la sentencia impugnada, pero por las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera