



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SENTENCIA No. 21 / 2017

SIGCMA

SALA DE DECISIÓN N° 002 CONSTITUCIONAL

9-17 fol.
(3)
DIGITALIZADO
SIGLO XXI

Cartagena de Indias D.T. y C., Abril tres (3) de dos mil diecisiete (2017)

Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Radicado	13001-33-33-011-2016-00015-02
Demandante	CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO
Demandado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – I.C.B.F.
Magistrado	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Vulneración del derecho fundamental a la consulta previa y a la concertación, por la omisión en la realización de la concertación con las comunidades étnicas del municipio de San Jacinto respecto a la educación que se brinda a los niños que pertenecen a la comunidad.</i>

I. CUESTIÓN PREVIA

Mediante auto del 26 de octubre de 2016, la H. Corte Constitucional, declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del presente asunto, ordenándose devolver al juzgado de origen para el reinicio del trámite correspondiente, previendo la vinculación del Ministerio de Educación Nacional, a fin de conformar el contradictorio, para así evitar posibles nulidades futuras.

II. OBJETO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, resolver la impugnación presentada por la señora **LUDÍS NAVARRO ESTRADA** en calidad de representante legal del **CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO**, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, el 7 de febrero de 2017, a través de la cual se denegaron las pretensiones de la presente acción constitucional.

III. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instaura la señora **LUDÍS NAVARRO ESTRADA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.048.441 de San Jacinto (Bolívar), en calidad de Representante Legal del **CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO**.



IV.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** (en adelante I.C.B.F.)

V.- ANTECEDENTES

5.1.- La demanda¹.

5.1.1.- Pretensiones².

La señora LUDÍS NAVARRO ESTRADA, en ejercicio de la acción de tutela que consagra el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, actuando en calidad de Representante Legal del **CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO**, impetró demanda constitucional contra El I.C.B.F, con el fin de que se le ampare los derechos fundamentales que estima como vulnerados, procurando:

- Que se ordene al I.C.B.F., realizar la consulta previa y la concertación con los consejos comunitarios de la zona, a fin de acordar la escogencia del operador que garantice la protección de sus derechos como comunidad afro.
- Como medida cautelar, solicita que se ordene al I.C.B.F., abstenerse de celebrar cualquier contratación para el programa que va a desarrollarse en su comunidad, hasta tanto no se concerté con el consejo comunitario la escogencia del operador.
- Que se eleve consulta de manera preferente, al Ministerio del Interior y a la Procuraduría General de la Nación delegada en asuntos étnicos sobre este proceso que se viene desarrollando en las comunidades afrodescendientes del Municipio de San Jacinto - Bolívar.

5.1.2.- Hechos³.

Como sustento de la presente acción constitucional, la accionante expone lo siguiente:

¹ Fls. 1 al 6.

² Fls. 3 al 4.

³ Fls. 1 al 2.



Narra que, el I.C.B.F. viene desarrollando en las comunidades negras y afrodescendientes del Municipio de San Jacinto, el programa denominado "Primera Infancia de Cero a Siempre", sin haber realizado la debida consulta previa y la concertación, tal como lo establece el Convenio 169 de la OIT y la Ley 70 de 1993.

Explica que, el programa está siendo desarrollado por un operador privado, que vincula a docentes, auxiliares, enfermeras y a nutricionistas que nada tienen que ver con la comunidad afro, y que desconocen por completo su cultura e idiosincrasia.

Relata que, mediante derecho de petición le solicitaron al I.C.B.F. - Regional Bolívar, la concertación con el concejo comunitario, para la aplicación del programa de Primera Infancia. Así mismo, le solicitaron que con base en los principios de autonomía y autogobierno, se les permitiera escoger el operador para el desarrollo del Programa de Primera Infancia.

Realza que, el I.C.B.F. se ha negado a la posibilidad de que sea el Consejo Comunitario, el encargado de escoger al operador que desarrollará el Programa de Primera Infancia.

Insiste en que, la negativa expresada por el I.C.B.F., respecto a la escogencia de los operadores para los programas de primera infancia, desconoce los principios de autonomía y autogobierno de la comunidad afrodescendiente del Municipio de San Jacinto.

Dice que, estando en desarrollo el programa de primera infancia en la Comunidad Negra y Afro descendiente de San Jacinto, el I.C.B.F, expidió el Manual de Contratación M1.MPA1.P6 - Versión 4ª del 17 de septiembre de 2016, estableciendo a través del mismo, la obligatoriedad de concertar con los grupos étnicos. Resalta que, las órdenes impartidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Bogotá, en cuanto a la consulta previa y la concertación, no han sido acatadas ni en el ámbito nacional, ni por ninguna de sus seccionales.

Advierte que, al ser el manual norma obligatoria para todos los I.C.B.F. Regionales, en lo referente a la concertación de la operación de los programas de primera infancia, en las diferentes modalidades, es indispensable que los Consejos Comunitarios en ejercicio de derecho de autonomía, escojan al operador, sin existir la necesidad de que el operador escogido se encuentre en el banco de oferentes.

Señala que, las solicitud respecto a la escogencia de los operadores se le elevo al I.C.B.F se le hizo, teniendo en cuenta que los operadores que manejan



los programas de primera infancia, no conocen la cultura ni sus tradiciones ni su cosmovisión, lo cual, se convierte en una situación vulneradora de derechos fundamentales, máxime, cuando los programas que se desarrollan vienen siendo aplicados a la población infantil de 0 a 5 años, edad en la cual se debe salvaguardar y reforzar la cultura afrodescendiente.

Indica que, el I.C.B.F Bogotá acaba de abrir convocatoria para los oferentes, no obstante, el mismo se torna discriminatorio respecto a las comunidades negras y afrodescendientes, como quiera que, realiza unas exigencias de tipo financiero que no pueden ser cumplidos por los consejos comunitarios.

Finalmente, afirma que el I.C.B.F., ha violado los derechos fundamentales de la comunidad afrodescendiente que habitan en el Municipio de San Jacinto, entre ellos, a la consulta previa, a la concertación, a la autonomía, a la educación inicial y cultural con enfoque diferencial.

VI. CONTESTACIÓN

6.1. Ministerio de Educación Nacional.⁴

Esta entidad, dentro del término procesal correspondiente, rindió informe dentro de la acción de tutela de la referencia, refiriéndose a la misma en los siguientes términos:

Expresa que, la política nacional para el desarrollo de los planes de primera infancia de cero a siempre, se ha construido poniendo en el centro a la mujeres gestantes y a las niñas y niños desde su nacimiento hasta los seis años de edad, tanto es que, la educación que se les brinda a los niños y niñas, se centra en la construcción de sujetos como parte de una familia y una comunidad, es por ello que, las historias de vida individuales y sociales, son las que organizan los contenidos y la estructura de los servicios educativos.

Advierte que, bajo esas directrices, la política pública reconoce la manera en que las comunidades viven, piensan, actúan y sienten, permitiéndose hablar de los diferentes referentes relacionados con el territorio, la etnia, las creencias, los valores, las costumbres, el lenguaje, entre otros. Insistiendo en que, estos se vuelven referentes determinantes para asegurar el desarrollo integral de los niños y niñas, así como, una educación pertinente.

Considera que, la apropiación cultural de la atención integral a la primera infancia, no está definida por el tipo de operador que se contrate para la prestación del servicio de educación, por el contrario, se tiene que, aquella se

⁴ Fls 250 al 252 y 265 al 267.



garantiza teniendo en cuenta los elementos constitutivos de la prestación del servicio y sus condiciones de calidad.

Por otra parte, Indica que con respecto al Ministerio de Educación Nacional, existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, especialmente, si se tiene en cuenta que, a través de la Ley 1804 de 2006, se establecieron las Políticas de Estado para el desarrollo integral de la primera infancia, reglamentando así, las funciones específicas del Ministerio respecto a la materia que se debate en el presente proceso.

En igual sentido, el artículo 19 de la norma en cita, señaló el rol del I.C.B.F., en el marco de aplicación de las políticas de estado para el desarrollo integral de la primera infancia, definiendo su naturaleza institucional, y el doble papel asignado por la ley 1098 de 2006, en primer lugar, como ente rector, y en segundo lugar, como ente articulador y coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Señala que, de conformidad con el marco jurídico anterior, se puede colegir que el Ministerio de Educación Nacional tiene como función la orientación de las políticas educativas, dado que, la implementación es una función exclusiva del I.C.B.F., siendo ello su responsabilidad.

Concluye que, el Ministerio de Educación Nacional, no tiene competencia alguna sobre los procesos de contratación de la atención integral a la primera infancia que realiza el I.C.B.F., por lo que solicita que, se ordene la desvinculación del Ministerio de Educación Nacional, como parte demandada dentro de la presente acción, por cuanto no está desconociendo derecho fundamental alguno.

6.2.- Procuraduría General de la Nación – Regional Bolívar.⁵

Esta agencia, respecto a los hechos que motivan la presente acción, se pronunció de la siguiente manera:

En primer lugar, señala que esta entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la competencia de la Procuraduría en el proceso de marras es de intervención, dado que la función de coordinación, la tiene la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

Manifiesta que, la intervención que realiza la Procuraduría es de índole pasiva, teniendo en cuenta que, solo se limita a comprobar que dentro del desarrollo de la consulta previa, se dé a las comunidades negras y afrodescendientes

⁵ Fls. 257 al 261.



objeto de la misma, la debida información respecto al proyecto a desarrollar, para así, otorgar el debido respecto a los derechos y garantías constitucionales.

Resalta que, al estar acreditada la existencia de la comunidad afrodescendiente del Municipio de San Jacinto, accionante dentro de la presente acción, la misma se convierte en un sujeto del derecho fundamental a la consulta previa, tal como lo establecen los estándares contemplados en el Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual fue ratificado por el Estado Colombiano, a través de la Ley 21 de 1991.

Señala que, en la medida en que no se acredite por parte del I.C.B.F., la realización de los procesos de consulta previa, se considera necesario garantizar el derecho fundamental que como comunidad afrodescendiente tienen, haciéndose efectiva la protección de los derechos a la autonomía y a la educación inicial con enfoque diferencial.

En cuanto a las pretensiones de la presente acción, revela que la Procuraduría Delegada, no ha recibido solicitud de ninguno de los miembros del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de San Jacinto, para que se intervenga ante el Ministerio del Interior o el I.C.B.F. y/o el Ministerio de Educación Nacional en defensa de sus derechos fundamentales como minorías étnicas.

De esta manera, la Procuraduría Delegada, con fundamento en la información disponible, pone a consideración de esta Judicatura, las apreciaciones respecto a los hechos que fundamentan la presente acción.

6.3.- Ministerio del Interior.⁶

Esta entidad, manifiesta oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la presente acción, por cuanto la accionante no acredita la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, especialmente, porque en la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, no reposa solicitud para el inicio del proceso consultivo por parte del I.C.B.F., para los programas de primera infancia que se vienen desarrollando en los territorios de las comunidades negras y afrodescendientes del Municipio de San Jacinto.

Resalta que, en virtud del Decreto 2893 de 2011, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, es la encargada de dirigir los procesos de consulta previa que se requieran, esto, en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes, estando en cabeza del ejecutor del

⁶ Fls. 268 al 275.



proyecto, obra, actividad o medida administrativa, la solicitud de inicio del proceso consultivo, como quiera que, a esa entidad se le imposibilita legalmente iniciarlo de manera oficiosa.

Consecutivamente, explica el procedimiento para la realización del proceso de consulta previa, de conformidad con la Directiva Presidencial No. 10 de 2013. En primer lugar, indica que el proceso consultivo se inicia con la solicitud del interesado, en llevar a cabo el proyecto; la solicitud debe contener una breve descripción del proyecto y las coordenadas geográficas o con sistema Gauus, a fin de precisar la localización física del proyecto. Una vez obtenida la información, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior realiza una verificación desde el punto cartográfico, geográfico o espacial para verificar la presencia de grupos étnicos en el área del proyecto, y finalmente, se realiza un análisis de los factores que deban coincidir en la ejecución del proyecto, para que sea necesario el proceso consultivo.

Prosigue la entidad a pronunciarse respecto a los hechos que motivan la presente acción, indicando lo siguiente:

Explica que, carece de competencia para pronunciarse respecto a las manifestaciones contenidas del hecho primero al quinto, dado que, se trata de presuntas actuaciones administrativas que fueron adelantadas por el I.C.B.F. y por los miembros del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de San Jacinto.

Respecto al caso en concreto, manifiesta que, esa entidad se ha pronunciado en varias oportunidades acerca de la procedencia de la consulta previa en los programas de primera infancia de la población infantil étnica. Indica que, mediante Oficio del 31 de octubre de 2016, dirigido a la H. Corte Constitucional, se manifestó de la siguiente manera:

"Por tanto y teniendo en cuenta las autoridades representativas de las comunidades étnicas y con el fin de facilitar la participación u crear espacio de análisis, estudio y construcción que impacte sobre todas las comunidades étnicas que resulten beneficiados de los programas de primera infancia, puede emplearse como mecanismo llevar propuesta de delineamiento técnico para programa de primera infancia de las comunidades étnicas, a los espacios nacionales de dialogo a través de la Mesa Permanente de Concentración Indígena y Espacio Nacional de Consulta Previa para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras."

En concordancia con lo anterior, explica que lo que debe ser objeto de participación étnica es la definición de los lineamientos técnicos diferenciados



para la prestación del servicio de educación a la primera infancia a través de los espacios nacionales, y no a través de cada resguardo, cabildo, parcialidad indígena o consejo comunitario, en particular.

Señala que, si la construcción de los lineamientos diferenciados para la primera infancia se desarrollara de manera particular con cada grupo étnico, los esfuerzos operativos harían inviables el reconocimiento de los menores a programas de primera infancia, los cuales tienen prevalencia en el reconocimiento de sus derechos fundamentales.

Afirma que, las entidades del estado participaron en la consulta previa con la comisión consultiva de alto nivel de las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas y la Comisión Nacional de Diálogos con el Pueblo Rom, para el desarrollo de programas dirigidos a los grupos étnicos.

Advierte que, para el caso del I.C.B.F., ya se hizo expreso el acuerdo de concertar la prestación del servicio a las comunidades étnicas, esto, a su consideración, puede ser constatado en las actas de consulta previa citadas en el artículo 273 de la Ley 1450 de 2011.

En tal sentido, asevera que el proceso consultivo de la atención a la primera infancia ya se encuentra surtido, y no tendría sentido someter la prestación del servicio a los niños de la primera infancia a la realización de consultas previas para la escogencia del operador que desarrolle los programas de atención del I.C.B.F., lo cual se traduce en procesos adicionales y particulares con cada comunidad étnica, máxime cuando el objeto central de los programas del I.C.B.F., impone un deber de inmediatez y celeridad frente a los derechos de los niños, que son prevalentes y revisten un carácter de urgencia y preeminencia dentro de la gestión administrativa del Estado.

Señala que, es imposible que se deje la facultad para la escogencia del operador a las comunidades étnicas, toda vez que, estos programas no van dirigidos solamente a las comunidades negras y afrodescendientes, si no a la población de primera infancia en todo el territorio nacional. Por lo anterior, el I.C.B.F., como la entidad responsable de la implementación de los programas dirigidos a la primera infancia, es la competente para realizar la escogencia del operador que tenga inmerso en su propuesta el enfoque diferencial de cara a la contratación.

Precisa que, la consulta previa no está instituida para sustituir el procedimiento legal para la escogencia y contratación del prestador del servicio de educación para el desarrollo de los programas de primera infancia, entre otras



cosas, porque lo que debe ser objeto de participación étnica es la definición del lineamiento técnico diferenciado para la prestación del servicio de primera infancia.

En este punto, trae a colación lo expresado por la Corte constitucional en la sentencia T-187 de 2011, en el siguiente aspecto: *"la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa surge frente a toda medida- administrativa o legislativa- que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarla directamente."*

De lo anterior infiere que, la consulta previa solo debe agotarse en aquellos casos en que el proyecto que se pretende desarrollar, afecta directamente los intereses de los grupos étnicos, afectación que debe ser capaz de alterar el estatus de las personas o de la comunidad, bien sea porque le impone limitaciones o cargas que no tienen la obligación de soportar.

Explica que, para determinar si existe o no la afectación, es preciso analizar los impactos económicos, sociales, bióticos y ambientales que el proyecto, obra o actividad que se pretenda realizar los afecte, la cual debe entenderse como la intromisión que genera un menoscabo a su entorno cultural, a la integridad de su territorio, a la afectación negativa de sus proyectos de vida o de sus actividades como comunidad y a los hechos que atenten contra su existencia.

Dice que, la Directiva Presidencia 01 de 2010, se refiere a las acciones que no requieren el agotamiento de la garantía del derecho a la consulta previa. En el literal c), se indica que, esa no se requiere cuando sea necesario adoptar medidas urgentes en materia de salud, epidemia, índices preocupantes de enfermedad y/o morbilidad, desastres naturales y garantías o violación de derechos humanos.

En tal sentido, al destacar que el servicio público que presta el I.C.B.F. es de carácter fundamental, insiste en que no es necesario el agotamiento de la consulta previa, especialmente, porque requiere que se inicie con celeridad, eficiencia y eficacia, las soluciones de complementación nutricional y desarrollo integral a los niños que son objeto del programa en mención.

Considera necesario aclarar que, los programas creados para atender la población de la primera infancia, buscan redundar en beneficios y por ende, establecer medidas preventivas que disminuyan los riesgos a los cuales pueden verse expuestos.



Insiste en manifestar que, la Corte Constitucional ha sido clara al manifestar que lo que debe ser objeto de consulta previa son las medidas susceptible de afectar específicamente a las comunidades en su calidad de tales y no aquellas disposiciones que se han provisto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, sin desconocer con ello, el enfoque diferencial con el que deben contar los programas dirigidos a la atención de las comunidades étnicas.

Adicionalmente, estima que debe tenerse en cuenta que en tratándose de la protección de los derechos fundamentales de los niños, las medidas a adoptar deben ser de manera urgente, dado que los derechos de los niños prevalecen sobre lo de los demás, en especial si existen conflictos entre sus derechos fundamentales y los de los otros.

6.3.1.- EXCEPCIONES

Como excepciones, el Ministerio del Interior propuso las siguientes:

6.3.1.1.- Inexistencia de la vulneración de derechos fundamentales.

Menciona que, una vez verificado los fundamentos de hecho y de derecho, así como el sustento probatorio, se logra inferir que, la accionante no prueba la violación inminente de los derecho invocados, y que por el contrario, si demuestra el cumplimiento de las disposiciones que en el caso colombiano regulan la consulta previa.

6.3.1.2.- Improcedencia de la Acción de Tutela.

Indica que, el enfoque diferencial es la premisa principal del derecho fundamental a la consulta previa que tienen como comunidades étnicas, teniendo en cuenta la connotación y el reconocimiento de los grupos étnicos nacionales a quienes les asiste este derecho. Ahora, para el caso que nos ocupa, resultaría improcedente acceder a unas pretensiones que no se correlacionan con el fundamento principal del derecho fundamental a la consulta previa.

6.3.1.3.- La subsidiariedad en la acción de tutela.

Este requisito señala que, la acción de tutela es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, el cual puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, cuando no exista otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para la defensa de los derechos invocados, o cuando se existiendo se acuda a la acción de tutela como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



En consecuencia, si hay otras instancias judiciales que resultaren eficaces para la protección de la protección que se reclama, se deberá acudir a ella antes de pretender el amparo por vía de tutela.

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁷

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 7 de febrero de 2017, resolvió denegar el amparo solicitado por el CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRO DESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO, tras considerar que, no se configuró amenaza o violación respecto a los derechos fundamentales que deprecia.

Indicó que, en el libelo de la demanda, no se acredita el cómo se afectan los derechos fundamentales de la comunidad, en el desarrollo del programa para la primera infancia por parte del operador privado y del I.C.B.F., insistió en que, es necesario que se aporten las pruebas que demuestren la necesidad de adoptar las medidas tendientes a la protección de un derecho que se encuentra actualmente vulnerado.

Resaltó que, la simple omisión en la realización del proceso consultivo o incluso la concertación, no es en sí misma una afectación o amenaza, pues tal derecho es una garantía de participación en las actividades estatales que puedan afectar los elementos esenciales de su cultura.

Con base en lo anterior, concluyó que la inexistencia de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados, se convierte en razón suficiente para denegar el amparo deprecado en la presente acción.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2017⁸, la señora LUDÍS NAVARRO ESTRADA, en su calidad de Representante Legal del CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO, interpuso impugnación contra la sentencia proferida por el Juez Décimo Primero Administrativo de Cartagena, el 7 de febrero del año en curso, de conformidad con los siguientes argumentos:

Señala que, se torna necesario que se revise la sentencia de primera instancia, dado que, la misma carece de las condiciones necesarias para constituirse en

⁷ Fls. 277 al 297.

⁸ Fls. 305 al 306.



una sentencia congruente, en primer lugar porque, no se ajusta a los hechos y antecedentes que motivaron la tutela, ni al derecho impetrado, en segundo lugar, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de la petición.

Indica que, el *Aquo* se niega a cumplir el mandato legal de garantizar al agraviado el pleno goce de sus derechos, tal como lo establece la Ley. Igualmente, se evidencia que, el fallador incurre en error esencial de derecho, especialmente, respecto del ejercicio de la acción.

En conclusión, advierte que la sentencia de primera instancia debe ser revisada, como quiera que, el juez no examine sus argumentos acerca de la conducta omisiva por parte del I.C.B.F.

IX. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado de origen, mediante auto del 21 de febrero de 2017⁹, concedió la impugnación, cuyo conocimiento fue asignado a este Despacho de conformidad con el reparto realizado el día 3 de marzo de 2017¹⁰, siendo recibida el 6 marzo de febrero de la misma anualidad¹¹, y admitida mediante auto del día 7 del mismo mes y año¹².

X. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

10.1. La Competencia

Esta Corporación es competente para conocer en **SEGUNDA INSTANCIA** de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

10.2. El problema jurídico

De conformidad con los hechos expuesto, esta judicatura estima que, el problema jurídico a resolver, se circunscribe en determinar sí:

¿El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, vulnera los derechos fundamentales a la consulta previa y a la concertación, a la educación con enfoque diferencia y a la identidad cultura de la COMUNIDAD NEGRA Y AFRO DESCENDIENTE DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO - BOLIVAR, al omitir la

⁹ Folio 308.

¹⁰ Folio 3. Cdno Segunda Instancia.

¹¹ Folio 4. Ibidem

¹² Folio 5. Ib.



realización de la consulta previa para la escogencia de los operadores a través de los cuales se desarrolla el programa de atención integral a la primera infancia?

Para desarrollar el interrogante anterior se desarrollará el siguiente temario: (i) Generalidades de la acción de tutela, (ii) De la consulta previa; y (iii) Caso Concreto.

10.3. Tesis de la Sala

La Sala estima pertinente REVOCAR la sentencia proferidas por el Juzgado Décimo Primero Administrativo de Cartagena, el 7 de febrero de 2017, tras considerar que, la omisión en la realización de la consulta previa y la concertación, configuran una vulneración inminente a los derechos fundamentales a la consulta previa y a la concertación, y por ende, a la educación con enfoque diferencial, siendo esta fundamental, para el mantenimiento de la cultura y creencias que comunidad profesan.

10.4.- Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.



Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como Instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

10.5.- De la consulta previa y la concertación

La protección de los derechos fundamentales a la consulta previa y a la concertación, ha sido abordada por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en varias ocasiones, de manera general, se ha dicho que es deber del Estado efectuar consulta previa y concertación con las comunidades indígenas y afro descendientes antes de tomar medidas legislativas o administrativa que los afecte directamente.

Respecto a lo anterior la H. Corte Constitucional, en sentencia T 800 de 2014, señaló:

"Este derecho de participación de los pueblos indígenas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, además de contemplarse en nuestro ordenamiento superior, está previsto expresamente en disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que hace mención al derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que les afecten. Al respecto, la Corte ha entendido que existe una estrecha relación con el principio de participación democrática, puesto que constituye la forma en que se pueden comprender los procesos de toma de decisiones que afectan a los pueblos indígenas."

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha determinado cuales son las medidas que deben ser sometidas a la consulta previa, la forma como debe desarrollarse dicha consulta y cuál es la finalidad de la misma, en tal sentido se indicó que la consulta previa y la concertación resultan obligatorias cuando las medidas que se pretenden adoptar afecten específicamente a la comunidades en su condición de étnicas.

Es importante resaltar la importancia de la consulta previa, ya que por medio de esta se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, impliquen traslado o desplazamiento de las comunidades, o representen un alto impacto social, cultural y ambiental, que lleve a poner en riesgo la existencia de dicha comunidad, en estos casos, dada la gravedad de las posibles



consecuencias, se refuerza la obligación de las autoridades de llevar a cabo la concertación con la comunidad étnica, sin que ello signifique de modo alguno que se dote a la comunidad de un poder de veto.

10.6. Caso concreto

En el caso *sub examine*, el Concejo Comunitario de Comunidades Negras y Afrodescendientes del Municipio de San Jacinto en Bolívar, pretende la tutela de sus derechos fundamentales a la consulta previa y a la concertación, a la identidad cultural y a una educación pertinente, por considerar que los mismos están siendo vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tras el desarrollo de los programas de Primera Infancia, sin haber realizado la debida concertación para la escogencia de los operadores para la ejecución de dichos programas.

De los hechos manifestados en el libelo de la acción, se colige que la vulneración alegada es producto de la escogencia de un operador privado, conformado por personal docente, auxiliares, enfermeras, psicólogos y nutricionistas, ajenos a la comunidad étnica, de los cuales afirma, desconocen por completo su cultura, y que en efecto, no garantizan la educación con enfoque diferencial.

En este punto, es importante manifestar que, la escogencia del operador a través del cual se desarrollan los programas de primera infancia en el Municipio de San Jacinto – Bolívar, no puede ser el objeto principal mediante el cual se solicite la protección del derecho fundamental a la consulta previa, especialmente, porque en materia de contratación de este tipo de servicios o programas, el Decreto Ley 2150 de 1995, estableció que para la prestación del servicio de bienestar familiar se podrán celebrar directamente los contratos con entidades sin ánimo de lucro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Ahora bien, al ser el I.C.B.F. la entidad que por mandato legal y reglamentario, la encargada de implementar los programas de primera infancia, obligatoriamente, se convierten en la entidad con la facultad para escoger los operadores que desarrollen los programas en dicho municipios, siendo imposible que se deje esta facultad a las comunidades étnicas, entre otras cosas, porque estos programas no solo van dirigidos a los niños de las comunidades negras y afro descendiente del municipio de San Jacinto – Bolívar, sino a la comunidad en general.

Por otra parte, se considera que, si el Consejo Comunitario de Comunidad Negras del Municipio de San Jacinto, tuvo la intención de ser el operador contratado para el desarrollo de los programas de primera infancia, debió



realizar las actuaciones pertinentes a fin de quedar inscrito en el banco de oferente, y por ende, preocuparse por cumplir con las exigencias establecidas para dicha convocatoria.

En tal sentido, no es de recibo de esta Sala, que la accionante pretenda a través de la protección al derecho fundamental a la consulta previa y a la concertación, la adjudicación del contrato para el desarrollo de los programas de primera infancia, especialmente, porque no es el objeto principal de la consulta previa.

En conclusión, la Sala estima que, la protección al derecho fundamental a la consulta previa y a la concertación, nada tiene que ver con la escogencia del operador que a bien tenga la entidad responsable de la implementación de los programas de primera infancia, por el contrario, el mismo tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la educación con enfoque diferencial, independientemente de que el programa se desarrolle por personal ajeno a la comunidad étnica.

Ahora, no puede este tribunal desconocer el derecho fundamental a la consulta previa y a la concertación que poseen las comunidades étnicas, especialmente, cuando su comunidad es objeto del desarrollo de unos programas que podrían afectar su cultura e idiosincrasia.

En esa medida, al tornarse obligatoria la consulta previa para las comunidades objeto de la presente acción, estima la Sala pertinente, garantizar el derecho fundamental que como comunidad étnica les asiste, en tal sentido, ordenará continuar con el trámite que se inició a raíz de la sentencia proferida por este Tribunal en el año 2016, pues se observa que, si bien la consulta previa no tiene por objeto obligar a la entidad implementadora de los programas, a escoger un operador que pertenezca a la comunidad, a aquella, si le asiste la obligación de garantizar una educación de acuerdo a la cultura que poseen las comunidades negras y afro descendientes del municipio de San Jacinto - Bolívar.

Al respecto, observa la Sala que el I.C.B.F., inició el proceso consultivo, a fin de dar a conocer el proyecto a implementar en las comunidades negras y afro descendientes del Municipio de San Jacinto, tal como se evidencia en el acta aportada y visible a folio 212 del expediente, sin embargo, no existe dentro del plenario acta de finalización de los mismos, pues solo tiene que fueron programadas las citas para las reuniones previas, pero no de la consulta previa en particular.

En esa medida, y no habiendo finalizado dicho proceso, estima la Sala pertinente, revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar,



disponer la existencia de la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa y a la concertación, dado que, dentro del plenario no existe constancia de la realización de la misma. En consecuencia, se ordenará la continuación del proceso de concertación, el cual deberá finalizar en la consulta previa, siguiendo las directrices que se establecen en la Ley y la Constitución.

XI. CONCLUSIÓN

Para el presente asunto, la respuesta al problema jurídico planteado será positiva, como quiera que, la omisión en la realización de la consulta previa, configura una vulneración inminente a los derechos fundamentales de la Comunidad Negra y Afro descendiente del Municipio de San Jacinto- Bolívar, como quiera que, no existe constancia de la realización de la consulta previa, especialmente, porque no se ha dado a conocer la forma en que va a implementarse la educación con enfoque diferencial.

Ahora bien, debe resaltarse que, la realización de la consulta previa, no puede suponerse como una suspensión a la programas de la primera infancia, dado que, una posible suspensión puede derivar una vulneración a los derechos fundamentales de los niños que vienen siendo beneficiarios de los programas de la primera infancia.

XII. DECISIÓN

En atención a lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de febrero de 2017, por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En su lugar se dispone:

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales a la consulta previa y a la concertación, y a la educación con enfoque diferencial, alegado por el **CONSEJO COMUNITARIO DE LAS COMUNIDADES NEGRAS Y AFRODESCENDIENTES DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO - BOLIVAR**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SENTENCIA No. 21 / 2017

SIGCMA

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, continuar con el trámite que se venía desarrollando con las comunidades negras y afrodescendiente del municipio de San Jacinto Bolívar para la efectiva realización de la consulta previa y la concertación, lo cual deberá hacerse en un término no mayor a cuarenta y cinco (45) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, sin que ello implique la suspensión de los programas de primera infancia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

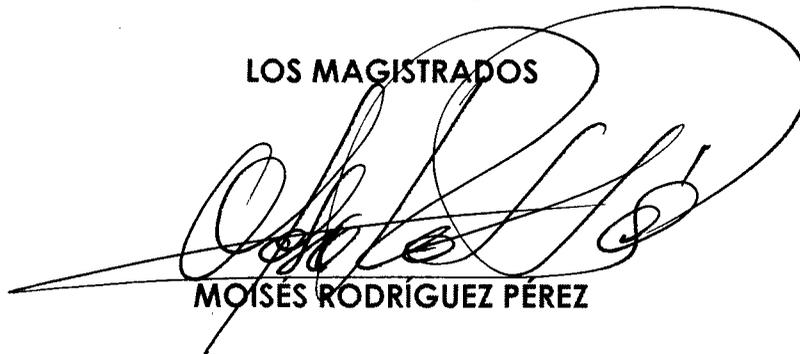
QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

SEXTO: Por Secretaría, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de Origen.

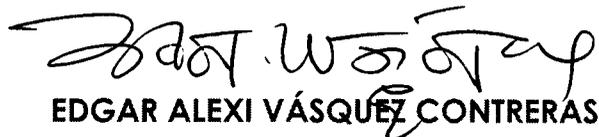
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 23

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ