

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA - LABORAL

HOOVER RAMOS SALAS
Magistrado Ponente

Riohacha (La Guajira), quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).
Discutida y aprobada en sesión de la fecha, según Acta No. 122.

Radicación: 44001.22.14.000.2017-00209.00. Acción de Tutela. Primera Instancia. JOSÉ BLADIMIR SILVA DUARTE (Representante Legal de MOVIMIENTO INDÍGENA NACIÓN WAYÚU) contra MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

1. OBJETIVO:

Resolver la súplica tutelar promovida por el señor por el señor José Bladimir Silva Duarte, quien actúa en nombre y representación de «Movimiento Indígena Nación Wayúu» y de las comunidades indígenas Katsaliamana, Ishapa, Aluatashi Pioulekat, Ishirruwou, Warrarrat, Paillen, Damastol, Irruain, Ichichon, Alepeulia, Irramasein, Amarrali, Atunatchon, Campomar, Lumaqui, Maquinamana, La Hermosa, Cochinamana, Jatsumana, Kousharipa, Wuikat, Angritamana, Koushatchon, Cerezal, Molumana, Monculonshermana, Sinmana, Pesuapa, La Sierrita, Chojochon, Moushol Mausou, Cuamana, Yawainalu, Pasua, Amaikule, Ruanamana, Montep, Jepica, Kapuchirramana, Chimaru, Cashiroupa, Villa Esperanza, Ulesia, Anoulia, Yuntamana, Jolojolomana, Pactalia, Tutchon, Kawalashi, Karraloutamana y Monserrate, contra el Ministerio de Salud y Protección Social e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, niveles nacional y regional Guajira, trámite donde fueron vinculados Ministerio del Interior en sus

Direcciones de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías y de Consulta Previa, Ministerio de Educación, Gobernación de La Guajira a través de Secretaría Departamental de Asuntos Indígenas, Alcaldías de Uribia, Maicao y Manaure, Organización Indígena Wayuú Munzurrat, Asociación de Mujeres de La Guajira, Cámara Junio de Colombia Capítulo Waywa, Corporación Internacional para el Desarrollo Social y Empresarial, Damas Rosadas Hospital Nuestra Señora de los Remedios, Fundación Ainjishi Waya, Fundación Ayudar, Fundación con Sentido Social por Colombia, Fundación Fabiola Elena Martínez, Fundación Humanitaria Camino Verde, Fundación Manos Unidas Construyendo País, Fundación para el Desarrollo Social Integral, Fundación Progresar Para Un Mejor Vivir, Fundación Walekeru, Organización Wayuú Tawalayuu, Organización Wiwa Golkushe Tayrona del Resguardo Koguimalayoarhuaco, Organización Wiwa Yugumaiun Bunkuanarrua Tairona, Unión Temporal Entirrashi Waya del Resguardo de la Alta y Media Guajira, Unión Temporal Kualama Gonawindua, Asociación Autoridades Tradicionales Indígenas Wayuú Koutirrashi Wuaya de Media Luna, Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Talaptakirrawa de Portete, Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Weindu Uin Wakaipa, Asociación de Autoridades Tradicionales Wayúu Anatas Wakuaipa de la Alta y Media Guajira, Asociación de Jóvenes Indígenas Wayúu, Asociación de Madres Trabajadoras Asomadoras, Corporación para el Desarrollo Integral de Colombia CDIC, Fundación Amigos Para un Mejor Futuro, Fundación Supula Anain Wayúu, Fundación Yanajasa, Grupo Ecológico Tokoko, Organización Indígena de La Guajira Yanaima, Organización Wayúumusurat Mujeres Tejiendo Paz y Unión Temporal Sochou In Wayúu.

2. ANTECEDENTES:

2.1. La queja:

Pretende la protección de igualdad, debido proceso, consulta previa, autonomía y autogobierno, etnoeducación y derechos de los menores pertenecientes a las comunidades indígenas reseñadas en el ordinal segundo del auto admisorio¹,

¹Cfr. folios 91 a 94, ídem.

previamente referenciadas, rogando ordenar a Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, *Regional Riohacha* y Ministerio de Protección Social, «*adelantar todos los trámites para efectuar la atención inmediata de sus niños y niñas*», realizar **consulta previa** con las comunidades para la escogencia de los operadores en los programas de primera infancia vigencia dos mil dieciocho (2018), conminando para que la contratación se realice con las organizaciones y/o asociaciones asentadas en sus territorios, absteniéndose de adjudicar o renovar contratos hasta tanto no se surta el mecanismo consultivo, además de ordenar a los entes de control realizar las investigaciones pertinentes por la desatención de niños Wayuú, denunciando que el ICBF ha rendido información falsa.

Relata que durante diciembre del año dos mil dieciséis (2016), diferentes comunidades indígenas ubicadas en el resguardo Katsaliamana, integradas por autoridades tradicionales y líderes de los municipios de Uribia, Manaure, Riohacha, Albania, Hatonuevo, Distracción y Fonseca se declararon en «*asamblea permanente*» para concertar una solución por la vulneración a sus derechos fundamentales por parte del ICBF, razón para exigir reunión con la directora de la institución, previa mediación de directivos de Carbones del Cerrejón, funcionarios de la Gobernación de La Guajira, Municipio de Uribia y Defensoría del Pueblo, exponiendo su desacuerdo por la falta de consulta en la decisión de no brindar continuidad a las organizaciones indígenas que se desempeñaban como operadores en Programas de la Primera Infancia, empero, luego de diversas reuniones durante diciembre y los meses de enero y febrero subsiguiente, no tuvieron eco sus pretensiones porque ICBF adujo su autonomía en la adopción de las decisiones, amén de no estar obligada en ese caso a realizar consulta previa con las comunidades indígenas diseminadas en el territorio guajiro.

Señala que la inconformidad por la imposición de **nuevos operadores** fue transmitida a través del señor Gobernador de La Guajira ante Presidencia de la República, hecho que generó amenazas de muerte a los líderes indígenas en el mes de enero último, motivo para retomar la «*asamblea permanente*» en su territorio ancestral, decidiendo acudir a las vías de hecho por la falta de resultados de las autoridades públicas, postura concretada en el bloqueo de la vía férrea para evitar

el tránsito del tren que atraviesa todo el territorio indígena de la «Gran Nación Wayúu», aunque después de treinta y seis (36) horas recibieron más amenazas de muerte a través de panfletos, resultando necesaria la realización de un Consejo Extraordinario de Seguridad en la Casa de Justicia de Uribia con la asistencia de diferentes funcionarios del orden departamental y municipal, así como de miembros de la fuerza pública, Defensoría del Pueblo, directivos de Cerrejón y autoridades tradicionales indígenas.

Evoca que el cuatro (4) de febrero último recibieron a altos mandos de Policía y Ejército Nacional, quienes aseguraron que su presencia se debía a garantizar la seguridad de los miembros de las comunidades indígenas a raíz de las amenazas de muerte, no obstante, cerca de la media noche fueron repelidos por hombres armados y vestidos de negro, quienes agredieron con gases tóxicos y golpes a varias personas sin distinción alguna, reteniendo a seis (6) autoridades wayúu y un menor de edad, quienes fueron trasladados a los calabozos de la Policía en Maicao, resaltando que los ataques de los uniformados afectaron al someter a doce (12) mujeres indígenas.

Arguye que el ICBF defendió la adjudicación de contratos de operadores desconocidos para las comunidades indígenas, argumentando la prevalencia de los derechos de los menores y la imposibilidad de suspender la atención, aunque en sentir del accionante fue cercenado el proceso en curso por la labor desempeñada por organizaciones indígenas que otrora fueron escogidas y avaladas por las autoridades de cada comunidad, hecho agravado por la multitud de niños entre cero (0) y cinco (5) años que no están recibiendo asistencia de las organizaciones indígenas excluidas por decisión institucional, en tanto que, algunas comunidades son atendidos por varios operadores para unos pocos menores, mientras que en otras esperan asistencia, subrayando que ciertas labores sociales y voluntarias ya no se prestan, por ejemplo, traslado y acompañamiento de niños enfermos las veinticuatro (24) horas, asistencia a velorios, donaciones, entre otras.

Indica que la incompetencia de los nuevos operadores obedece a su falta de conocimiento sobre los territorios indígenas y ausencia de sentido de pertenencia,

reiterando que son muchos menores que están pendientes de atención, no obstante aparecen formalmente inscritos en los Programas de Primera Infancia, agregando que las comunidades indígenas consolidaron una base de datos de mil quinientos (1.500) niños aproximadamente, entre más de tres mil (3.000) que habían sido excluidos, información remitida a la Subdirección de Primera Infancia, recibiendo como respuesta una base de datos con mil cuatrocientos veintiocho (1.428) niños, detallando la vinculación de quinientos trece (513), aunque no registran atención novecientos quince (915), datos que revelan mala administración del programa por los operadores, ya que ni siquiera algunos de los niños señalados como atendidos reciben asistencia. Por ejemplo, durante esta anualidad, diecinueve (19) menores de la comunidad Katsaliamana, veinte (20) niños de Ishapa que en la base de datos aparecen como atendidos, hecho que no es cierto, mientras que los menores de Juliakat, Ishiruwou, Warrarrat, Parillen, Damastol, Irruain e Ichichon, dejaron de ser asistir por el cambio de operador.

2.2. Contestación de Director de Consulta Previa de Ministerio del Interior (cfr. folios 212 a 214 ídem):

Indicó que adelanta consulta previa en el marco de distintos fallos de tutela proferidos por dependencias de este distrito Judicial, razón para ser convocada a reunión en la primera etapa del proceso consultivo hacia el veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), fecha cuando el ICBF, Regional La Guajira, excusó su inasistencia, reprogramandose la diligencia para el veintinueve (29) de agosto de ese año, comprometiéndose ante la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior a presentar <<Propuesta Inicial de Ruta Metodológica>>, consistente en un cronograma de actividades para realizar la consulta previa con la comunidad étnica, acto cumplido el trece (13) de septiembre de ese año, oportunidad donde convinieron iniciar la etapa consultiva el cuatro (4) de octubre de esta anualidad, anhelada por los distintitos ConSejos comunitarios del Departamento, razón para estimar que ha cumplido la normatividad aplicable siguiendo la ruta metodológica planteada, informando que el proceso ha surtido las etapas de *preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos, formulación de acuerdos, protocolización y seguimiento, restando el cierre.*

No obstante, señala ser incompetente para pronunciarse sobre los hechos del presente reclamo, alegando que existen formas de participación diversas a la consulta previa, por ejemplo, la concertación con las comunidades, mecanismo que implica escuchar y conocer las propuestas de ICBF, posibilitando la intervención en general y coordinar con las comunidades étnicas la escogencia de los operadores de primera infancia.

Finalmente se opone a la prosperidad del amparo por falta de legitimación del accionante, en tanto el movimiento indígena «Nación Wayúu», agrupa a personas naturales o jurídicas con la finalidad de ofrecer bienestar social a ese movimiento o grupo en particular, objetivos distantes de los perseguidos por las comunidades étnicas, es decir, la persona jurídica accionante no es titular del derecho a la consulta previa, solamente quienes ostenten características particulares que los distingan del resto de la sociedad, según sus costumbres y tradiciones. También refutó la legitimación en la causa por pasiva, aunque sin precisar concretamente el fundamento e indicó que el libelo carece de suficiencia probatoria acerca de los agravios denunciados.

2.2. Contestación de Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías de Ministerio del Interior (cfr. folios 217 a 219 ídem):

Solicitó su desvinculación del trámite, explicando que esa dependencia tiene a cargo funciones misionales de asesoramiento técnico en la elaboración de políticas públicas en beneficio de los pueblos indígenas, Rom y minorías en el marco de la defensa, apoyo, fortalecimiento y consolidación de sus derechos, mediante espacios de diálogo y acompañamiento institucional de los procesos, vale decir, brinda acompañamiento a las solicitudes de comunidades indígenas y articula con las instituciones estatales de cualquier orden, reuniones para concertación y diálogo con la finalidad de establecer estrategias que permitan la aplicación del enfoque diferencial en la construcción de políticas públicas.

Adujo que el acompañamiento a las comunidades wayúu en el marco de medidas cautelares proferidas en otros casos para menores madres gestantes y lactantes de los municipios de Uribia, Manaure, Maicao y Riohacha se ha caracterizado por el cumplimiento de compromisos al estar sumidos en la Asamblea de Autoridades de Shipia Wayúu, celebrada el pasado ocho (8) de abril en el municipio de Manaure, oportunidad donde se informó la forma de llenar los censos para inscribirse en la base de datos de DAIRM. Refiere que entre el diecisiete (17) y el veintiuno (21) de abril se georeferenciaron más de setenta (70) comunidades que formaban parte de la anterior asociación indígena y recibieron autocensos, quedando a cargo de la asociación aportar las hojas de censo diligenciadas. El anterior proceso continuó en el mes de mayo, incluyendo más de cuarenta (40) comunidades en ese mismo municipio, amén de realizarse la reunión convocada por Ministerio de Educación Nacional en Riohacha para facilitar el espacio de selección del operador PAE, propiciando la participación de autoridades tradicionales. Finalmente en el mes de junio anterior, hizo el acompañamiento para facilitar el espacio de selección del operador PAE y quien contratará el personal administrativo de los internados de Siapana, Puerto Estrella, Camino Verde, Kamusuchiwou, recabando que hay más de dos mil (2.000) comunidades wayúu en La Guajira, razón para que sea imposible expedir certificaciones a cada una, no obstante, incorpora en medio magnético la base de datos existente sobre el nombre de resguardo, localización, tipo y pueblo y/o etnia. En consecuencia, invocó ausencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados en la demanda.

2.3. Informe del Comandante de Departamento de Policía de La Guajira (cfr. folio 215 ídem):

Indicó que esa institución no tiene acceso a la base de datos del ICBF donde pueda evidenciar los menores atendidos y en espera de asistencia, aunque en todo caso no ha vulnerado ninguna garantía del accionante. En esencia se opone a la prosperidad de la pretensión tutelar porque considera que el juzgado accionado no ha incurrido en ningún error protuberante ni actuación alejada de la ley, quien al contrario está garantizando la debida contradicción de las partes, menos se puede

olvidar que la acción de tutela no es el mecanismo para oponerse a decisiones judiciales.

2.4. Informe de Defensoría del Pueblo Regional Guajira (cfr. folios 253 a 254 ídem):

Asegura que ha efectuado acompañamiento a la etnia wayúu en temas de agua, educación, alimentación y salud, así como el acompañamiento y seguimiento al cumplimiento de órdenes judiciales a nivel nacional. Dijo que no dispone de una base de datos que le permita establecer en cifras la cantidad de menores atendidos, ya que la fuente es el ICBF.

2.5. Informe del Procurador Delegado para Asuntos Étnicos (cfr. folio 256 a 257, ídem):

Indicó que esa procuraduría especial se gestó por Resolución No. 254 de ocho (8) de junio último, resaltando que sus funciones legales están ancladas en la **prevención** en materia de protección a minorías, buscando anticiparse a la vulneración y el desconocimiento de garantías constitucionales, razón para que la información sobre menores wayúu atendidos por ICBF no estuviera dentro de su resorte funcional, eventualmente propio de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia. Adolescencia y Familia, dependencia que respondió previo traslado interno que la última información disponible es la relacionada con el cumplimiento de las medidas cautelares 51/15 de la CIDH.

Además, aportó varias tablas que relacionan atención a número de familias de diferentes municipios por parte de unidades móviles para medidas de accesibilidad a los servicios de salud, alimentos en calidad y cantidad suficientes e identificación y prevención de la desnutrición durante el periodo comprendido entre enero y agosto de este año.

2.6. Informe de Gobernación de La Guajira (cfr. folio 262 a 268, ídem):

Expidió una relación de niños con bajo peso al nacer en esta anualidad, totalizando trescientos noventa y cuatro (394) casos, agregando la mortalidad asociada a desnutrición entre este año y el anterior en total de veintiséis (26) episodios. Igual información apporto respecto a menores de cinco (5) años, arrojando cifras en mortalidad de setecientos quince (715) hasta la fecha y, desnutrición de mil trescientos cuatro (1.304).

Subraya que la dependencia de Asuntos Indígenas del Departamento expresó que ICBF no invitó a realizar el acompañamiento para el programa de Primera Infancia, mientras que, la Administradora Temporal de Educación no pudo rendir informe oportuno por la crisis administrativa que experimenta la entidad desde cuando fue intervenida.

2.7. Contestación de Ministerio de Educación Nacional (cfr. folios 273 a 274, ídem):

En síntesis, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva ya que no tiene injerencia en las decisiones que adopta el ICBF.

2.8. Contestación de ICBF (cfr. folio 275 a 284, ídem):

Aceptó que las comunidades indígenas wayúu acudieron a las vías de hecho para reprochar la escogencia de operadores de los programas de Primera Infancia, aclarando que todas las inconformidades han sido escuchadas, aunque tampoco significa que esté obligada a contratar «operadores específicos» indicados por las comunidades indígenas, ya que no deben relegarse las exigencias legales en materia de contratación, manera que en todas las reuniones ha explicado claramente a la comunidad el proceso para selección de operadores y ha escuchado las sugerencias, recabando que la entidad finalmente es autónoma, siempre que la decisión esté orientada a prestar un mejor servicio en favor de la infancia, incluida entre ella la comunidad wayúu.

Explica que los operadores no necesariamente deben ser integrantes de la comunidad indígena para prestar un servicio óptimo, además que la manifestación de <<centenares de niños sin atención>>, carece de respaldo porque no están identificados los menores presuntamente desatendidos. Por último, asegura que no está obligada a realizar consulta previa para realizar las contrataciones de operadores para la vigencia del año 2018, citando en apoyo las sentencias T-745, T-466 de 2016 y T-201 de 2017 de la Corte Constitucional, amén de pronunciamientos del Consejo de Estado, en tanto la escogencia del operador de programas de atención del ICBF en las comunidades étnicas no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural de las comunidades étnicas, aunque debe observar mecanismos de concertación para asegurar el diálogo tendiente a propiciar que los componentes de educación y alimentación mantengan las costumbres y tradiciones de los grupos étnicos, proceso que no debe ser indefinido o dilatarse, procediendo a relacionar todos los operadores contratados en la presente vigencia (2017).

2.9. Informe de Secretaría de Salud de Maicao (cfr. folio 286, ídem):

Solamente aportó relación de infantes con bajo peso al nacer, cuadro de desnutrición y tasa de mortalidad asociada a los anteriores eventos.

3. PROBLEMA(S) JURÍDICO(S):

Determinar si Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está obligado a efectuar la consulta previa con los accionantes pertenecientes a comunidades indígenas wayúu del Departamento de La Guajira, debido a la contratación que debe impulsar para ejecutar el Programa de Atención a la Primera Infancia en la vigencia dos mil dieciocho (2.018).

4. CONSIDERACIONES:

4.1. ARGUMENTO CENTRAL:

La legitimidad del accionante para suplicar la protección de los derechos invocados, entre ellos la consulta previa, surge de evidenciar el cumplimiento de los elementos objetivos y subjetivos de quienes alegan ser beneficiarios de la garantía consultiva, pues es indiscutible que las comunidades wayúus poseen características que los distinguen del resto de los habitantes de esta península, ya sea costumbres, dialecto y cosmovisión, entre otras, factores que se erigen como particularidades diferenciadoras que no requieren venia o autorización del resto de integrantes de la sociedad para su coexistencia, en tanto que, esa especificidad pretende ser reivindicada ante las autoridades convocadas y precisamente a través de este reclamo, enarbolando la protección del derecho a consulta previa que alegan ostentar en la escogencia de operadores para el Programa de Primera Infancia a cargo del ICBF, aunque el señor José Bladimir Silva Duarte acude como representante de una entidad sin ánimo de lucro, «Movimiento Indígena Nación Wayúu», cuyo objeto consiste en «(...) *promover y fomentar acciones encaminadas al desarrollo integral, la educación, formación de la población indígena y afro descendiente, mujeres cabeza de familia, niños y niñas, primera infancia, familia juventud, adultos mayores, población desplazada, en aspectos de salud, educación, cultura, deporte, seguridad alimentaria, medio ambiente, agropecuaria, pesquero, artesanías, recreación y protección familiar (...)*», mientras que, los documentos aportados permiten advertir prima facie la problemática generada por la selección de operadores del programa de primera infancia que refrenda preliminarmente algunos hechos expuestos en la demanda relativa a las peticiones y denuncias ante las autoridades por presuntos desmanes cometidos hacia el mes de enero de esta anualidad (cfr. denuncia ante Fiscalía General de la Nación de veinticinco (25) de enero último y petición ante Presidencia de la República de diecisiete (17) de igual mes y año, folios 17 a 34 y 35 ídem).

Pues bien, prioritario es encausar el análisis del sub júdice teniendo como premisas fácticas principales: A) El señor José Bladimir Silva Duarte, quien obra como representante legal de «Movimiento Indígena Nación Wayúu», pretende la

realización de consulta previa con las comunidades indígenas de los municipios de Uribia, Manaure y Siapana Alta Guajira (Riohacha, Albania, Hatonuevo, Distracción y Fonseca), tendente a escoger los operadores en los Programas de Primera Infancia ICBF. B) El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se resiste asegurando que no está obligado a realizar la consulta previa porque es autónomo en la escogencia de los operadores ante la prevalencia del interés superior de los menores.

Para dilucidar los problemas jurídicos, resulta de gran utilidad acudir a los pronunciamientos de la corporación de cierre en materia constitucional sobre el contenido y alcance de consulta previa y el deber Estatal a la hora de adoptar medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades étnicas, así como los proveídos de esta corporación que reconocen que la etnia wayúu afronta condiciones de vivencia complejas que repercuten principalmente en la población infantil², de suerte que las decisiones judiciales han sido en gran medida homogéneas. Así sucedió por ejemplo, cuando se abordó la consulta previa en las actividades administrativas y presupuestales tendientes a la contratación de los servicios que integran el Plan de Alimentación Escolar (PAE)³, respecto a comunidades indígenas de esa región, decisión confirmada por el superior funcional⁴.

En materia del derecho consultivo a favor de las comunidades indígenas, la máxima corporación constitucional ha indicado con énfasis: *«(...) De lo que se trata, es de garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en su costumbres, tradiciones e instituciones. La*

²CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-466 de 30 de agosto de 2016: M. P. Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO: *«(...) De acuerdo con la prueba recopilada en sede de revisión y los hechos que han informado los medios de comunicación en fechas recientes, resulta evidente y notorio que la niñez Wayúu padece de una crisis humanitaria por una multiplicidad de factores que vulneran distintos derechos fundamentales. Un indicador muy importante de la gravedad de la situación lo constituyó la adopción de medidas cautelares por parte de la CIDH, que mediante Resolución 60 del 11 de diciembre de 2015 conminó al Estado colombiano a adoptar “las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los (sic) niñas, niños, y adolescentes de las comunidades de Uribia, Manaure, Riohacha y Maicao” (...)*».

³Cfr. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA. Sala de Decisión Civil - Familia - Laboral. Sentencia de 14 de febrero de 2017. Expediente 44.001.31.05.000.2017.00002.00.

⁴CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia STC-44406 de 29 de marzo del 2017. expediente 44001-22-14-000-2017-00002-01. M.P.DR. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

*convicción sobre la forma en que esta garantía de participación materializa otros derechos fundamentales de esas comunidades, como su autonomía y subsistencia, es el punto de partida del deber de consulta que el Convenio 169 les impuso a sus Estados parte, con la intención de sustituir el criterio integracionista que rigió las relaciones entre los pueblos indígenas y tribales mientras el Convenio 107 de 1957 estuvo vigente por uno consecuente con el enfoque de derechos humanos que se impuso en el escenario internacional (...)*⁵.

También debe recordarse que la aplicación de la consulta opera en las siguientes circunstancias «(...) El mecanismo de la consulta previa sólo es aplicable en relación con los grupos étnicos. Es aplicable a: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (...)

*Jurisprudencialmente el consentimiento, libre, previo e informado debe entenderse como una garantía reforzada del derecho general de participación de las comunidades indígenas, que debe producirse al terminar un procedimiento consultivo. Por ello, en estos eventos son aplicables las reglas de la consulta, siendo de mayor trascendencia, pues son condición de que este sea libre e informado, las siguientes: (i) la realización del procedimiento consultivo con representantes legítimos de la comunidad; (ii) la realización de estudios de impacto ambiental y social y su apropiada divulgación y discusión con las comunidades concernidas; y, (iii) la concertación con las comunidades sobre la participación (utilidad) en los beneficios derivados del proyecto. (...)*⁶.

Ahora bien, la pretensión se concreta en la consulta previa para el Programa de Primera Infancia, encausada específicamente en la escogencia de los *operadores* para su desarrollo en el año dos mil dieciocho (2018), tomándose propicio evocar que

⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-576 de 4 de agosto de 2014. M. P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava de Revisión. Sentencia T-256 de 5 de mayo de 2015. M. P. Dra. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ.

la postura de ICBF consiste en la ausencia de obligación para impulsar el trámite consultivo con las comunidades wayúu, amparado en los pronunciamientos que referencia, luego, debe precisarse si las comunidades indígenas pueden exigir el mecanismo consultivo para la <<selección de aquellos operadores>>, tópico ampliamente abordado por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

«(...) Para esta Sala, la escogencia de determinado operador de dichos programas no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa en la identidad cultural de las comunidades representadas por los accionantes, pues las tradiciones alimentarias y el enfoque etnoeducativo de estas comunidades pueden ser garantizadas incluso por un operador que no pertenezca a las mismas. (...)

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

(...)

Llama la atención la Sala al hecho que la concertación o la consulta previa no puede ser usada como un mecanismo para burlar, morigerar o menguar los requisitos que la ley impone para la contratación, por tal razón si una comunidad o consejo comunitario desea presentarse como candidato a operador de los programas de primera infancia del ICBF, dicha comunidad o consejo debe cumplir estrictamente los requisitos que las leyes de contratación y los pliegos de condiciones impongan para el proceso, sin que sea un factor decisivo su origen étnico, por lo cual, el ICBF o la autoridad del Estado competente, debe ser quien proceda a escoger el operador o prestador del

*servicio más calificado, de forma tal que se pueda realizar una verdadera vigilancia y control por parte de dichas autoridades en la ejecución contractual(...)*⁷.

En otros términos, la contratación de los operadores de primera infancia tampoco atenta directamente contra la identidad cultural de los grupos indígenas, puesto que, «(...) el hecho de que el contratista no sea o pertenezca al grupo minoritario no significa per sé que el objeto del contrato se vaya a alejar del enfoque diferencial que requiere cada caso (...)»⁸, en tanto que, subsiste la garantía que los programas de atención no desconozcan las costumbres y tradiciones de las etnias, componentes estos que sí deben ser objeto de consulta y concertación con los representantes de las comunidades. Lo anterior significa que aunque la consulta previa no debe realizarse para seleccionar o ratificar a operadores específicos, debe socializarse con las comunidades para que tengan participación en la discusión del enfoque diferencial en los programas de primera infancia de los niños integrantes de las comunidades wayúu, ya que en todo caso «(...) Las Direcciones Misionales, servidores públicos y colaboradores del ICBF, **deberán aplicar el enfoque diferencial** etario, étnico, de género, en discapacidad u otro, dependiendo del grupo vulnerable del que se trate, en todos los Programas y actuaciones del ICBF, para lo cual se deberán tener en cuenta dichos enfoques en todos los Lineamientos Técnicos, directrices y minutas contractuales, de tal manera que se garantice continuamente la protección especial de esta población beneficiaria (...)»⁹.

Las particularidades del caso concreto obligan a resaltar que el ICBF indicó en su contestación haber realizado reuniones para explicar el proceso de selección y escuchar las sugerencias para el Programa de Primera Infancia, sin embargo, ningún medio de prueba o elemento de juicio se incorporó para demostrar la realización de la consulta previa orientada a facilitar la participación en los procesos del programa para garantizar el enfoque diferencial, menos obra prueba del acompañamiento de otras autoridades locales a esa(s) concertación(es), conforme asegura la dependencia de Asuntos Indígenas de Gobernación de La Guajira. De suerte que, si bien asiste razón a ICBF en que la divergencia de opiniones sobre la

⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-475 de 1º de septiembre de 2016. M.P. Dr. ALEJANDRO LINARES CANTILLO.

⁸CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo contencioso Administrativo. Sentencia de 2 de marzo de 2017. Radicado 47001-23-33-000-2016-00054-01. C. P. Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO.

⁹Resolución 2000 de 2014, artículo 2º.

escogencia de un operador determinado, tampoco debe utilizarse para cercenar o entorpecer la prestación del servicio a toda la población infante, cobertura que no solo incluye a miembros de la comunidad wayúu, tampoco debe olvidarse que debía contar con la participación de los representantes de las comunidades para aplicar el enfoque diferencial y concertar en virtud de la consulta previa, cometido que no se satisface con la mera información o explicación de los procesos casi que de manera informal, puesto que, «(...) Si bien es cierto que dentro del Programa de Atención a la Primera Infancia se incluyen obligaciones relativas a la incorporación de un enfoque diferencial para el caso étnico, la concertación de ese tipo de atenciones resulta crucial en el caso concreto. Es allí en donde las comunidades pueden expresar y opinar sobre las medidas que les van a afectar y cuáles son las opciones reales y definitivas para salvaguardar su cultura (...)»¹⁰, lineamientos que aplican desde luego solamente para los programas que se implementen a futuro, mas no para los programas de la actual vigencia respecto a la prevalencia de los derechos de menores de edad quienes deben proseguir atendidos en la medida que son varios los operadores seleccionados para la cobertura de Primera Infancia.

4.2. CONCLUSIONES:

La materialización de la protección constitucional que se impartirá, debe sujetarse a las reglas básicas que han delineado los pronunciamientos de esa alta corporación precitados en materia de consulta previa y concertación de enfoque diferencial para Programas de Primera Infancia, cuestión que implican la socialización y concertación de parámetros que deben observarse en los programas para reconocer la diversidad étnica de los grupos que sean determinados y procurar la permeabilidad del enfoque diferencial basado en las características propias de los menores miembros de la comunidad wayúu, aunque la escogencia de determinados operadores por parte de ICBF no constituye vulneración a la autonomía o derecho de consulta previa. No obstante es obligación de la entidad impulsar el trámite consultivo para identificar las condiciones de aplicación del enfoque diferencial respecto al

¹⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-201 de 3 de abril de 2017. M.P. Dr. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS.

conocimiento cultural de la etnia, independientemente del operador que sea contratado, ya que el trámite consultivo bajo ninguna circunstancia debe obstaculizar o menguar la prestación de los servicios a la primera infancia, por ejemplo, propiciando la iniciación tardía de la agenda escolar anual, de manera que ante la ausencia de acuerdo entre las comunidades e ICBF en un plazo prudencial que se precisará en la parte vinculante, éste adoptará las medidas para implementar el programa respetando estándares internacionales sobre el enfoque diferencial enfatizando en el conocimiento de la etnia y la intangibilidad de tradiciones y costumbres de los menores wayúu. Tampoco debe desconocerse que los programas de la primera infancia están dirigidos a la comunidad en general, es decir, también a niños que no forman parte de la comunidad indígena, luego la consulta previa a pesar de obligatoria, jamás puede desconocer la atención de menores mestizos a quienes también protege el Estado, de ahí que la contratación de operadores de ninguna manera debe ignorar el cumplimiento de los requisitos en materia contractual bajo cortapisa de la consulta previa, puesto que, los miembros de comunidades indígenas que se postulan como operadores deben cumplir los requisitos legales¹¹.

Por último, destaca esta corporación que las directrices de la sentencia T-466 de 2016 son aplicables en el presente caso solamente como criterio argumentativo en cuanto enmarca de forma general la protección de los derechos de niños pertenecientes a la comunidad wayúu, problemática abordada desde la óptica de la garantía la salud y alimentación, definiendo la concertación sobre las medidas de emergencia y de atención de necesidades estructurales ordenadas por la alta corporación, empero, la providencia no aporta en su ratio decidendi lineamientos concretos acerca del derecho a consulta previa en la escogencia de operadores para los programas de primera infancia a cargo del ICBC, como sí sucede en la sentencia T-201 de 2017 en cuanto abordó puntualmente la obligatoriedad de la consulta previa en el

¹¹Las pautas de realización de consulta previa aquí sentadas, sigue de cerca los lineamientos de la sentencia de 2 de marzo de 2017 de la Sección Quinta del CONSEJO DE ESTADO, radicado 47001-23-33-000-2016-00054-01, C. P. Dr. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, que se estiman perfectamente aplicables al caso concreto en la medida que se evaluó la procedencia de la consulta previa para garantizar el enfoque diferencial en los programas de primera infancia, que no implican la selección específica de un operador, postura concordante con los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

programa de atención, decantando que la concertación es crucial respecto de aquellas medidas específicas que tengan incidencia sobre los derechos de los menores integrantes de las etnias y por ello deben incluir obligaciones sobre la aplicación de un enfoque diferencial, aunque no de todo el programa, ya que sus beneficiarios son la población infantil en general.

En consecuencia, será dispensada protección, ordenando el acompañamiento de las instituciones competentes y la vigilancia del organismo de control en la comprensión que debe **estructurarse** un trámite consultivo para evitar la recurrencia de estas quejas cada año escolar, tópico que precisará la parte resolutive.

5. DECISIÓN:

A mérito de lo brevemente expuesto, esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela jurídica del derecho a consulta previa invocada por el señor José Bladimir Silva Duarte, representante legal de «Movimiento Indígena Nación Wayúu», a favor de las comunidades indígenas wayúu de Uribia y Manaure detalladas en la motivación.

SEGUNDO: ORDENAR a las señoras directoras de los niveles central y regional de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), **priorizar** la realización de la consulta previa con las comunidades indígenas accionantes, exclusivamente para la aplicación del enfoque diferencial en los programas de primera infancia que involucren a los menores miembros de la comunidad wayúu, trámite que no puede exceder del término de tres (3) meses para su

finalización, computado a partir de la notificación de esta sentencia, conforme los lineamientos precisados en el capítulo de conclusiones.

TERCERO: EXHORTAR a las directoras del nivel central y seccional de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que estructure en el trámite consultivo con las comunidades indígenas wayúu de La Guajira, aplicable en el programa de primera infancia, acorde a las sub-reglas trazadas por la Corte Constitucional, evitando así la recurrencia de reclamos cada año lectivo.

CUARTO: REQUERIR a Procuraduría General de la Nación para que en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, vigile el cumplimiento de la presente sentencia para garantizar la efectividad de la protección dispensada.

QUINTO: INSTAR al señor Gobernador de La Guajira, Alcaldes de Uribia y Manaure, Defensora Regional del Pueblo, Director(a) de Consulta Previa y de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías de Ministerio del Interior para que en el marco de sus competencias, realicen el acompañamiento a los procesos de consulta y concertación previa aquí ventilados, iterando la necesidad de satisfacer de manera prioritaria los requerimientos básicos de la población infantil beneficiaria del programa de primera infancia a cargo de ICBF.

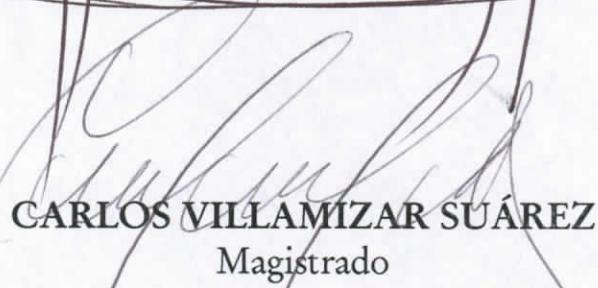
SEXTO: AUTORIZAR la publicación en la página web de la Rama Judicial, por conducto de la dependencia encargada de su administración, así como la divulgación de la parte resolutive a través de la Emisora Regional Institucional de Departamento de Policía de Guajira, emisión que deberá producirse a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes en horario entre las seis de la mañana (6:00A.M.) y las once de la noche (11:00 P.M.). Procédase de conformidad por Secretaría General.

SÉPTIMO: COMUNICAR la decisión adoptada a los extremos del debate, autorizando la remisión del expediente a la Honorable Corte Constitucional para revisión eventual en caso de no ser materia de impugnación.

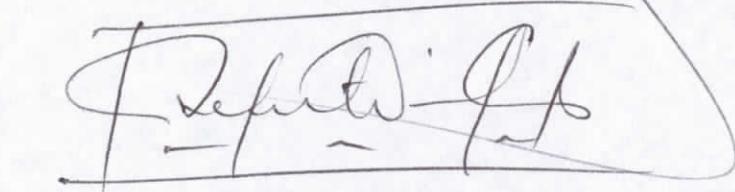
NOTIFÍQUESE.



HOOVER RAMOS SALAS
Magistrado



CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado



ROBERTO ARÉVALO CARRASCAL
Magistrado