



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, nueve (09) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2016-00349-00
ACCIONANTE: CONSEJOS COMUNITARIOS Y ORGANIZACIONES DE BASE DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFROCOLOMBIANOS DEL MUNICIPIO DE SAN ONOFRE
ACCIONADO: MINISTERIO DEL INTERIOR – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por los representantes legales de los **CONSEJOS COMUNITARIOS DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE NUEVA ESPERANZA, BERRUGAS, PAJONAL, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR, RENACIENTES MONTES DE MARÍA, PROGRESISTAS LABARSES;** y de las organizaciones: **FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE, PLAYAS DORADAS, KU – SUTO y ASADEVSA,** contra el **MINISTERIO DEL INTERIOR – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE.**

ANTECEDENTES

1.1- Pretensiones¹:

Los representantes legales de los **CONSEJOS COMUNITARIOS Y ORGANIZACIONES DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFROCOLOMBIANAS**

¹ Folio 9 del expediente.

referenciados, solicitan la protección de los derechos fundamentales a la autonomía, igualdad, participación, consulta previa, concertación y educación inicial a la primera infancia con enfoque diferencial, presuntamente vulnerados por el **MINISTERIO DEL INTERIOR** y el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE**, solicitando se ordene a esta última entidad, *“celebrar el proceso de consulta previa y concertación con los Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base Afro de San Onofre, Tolú, Tolú Viejo, San Benito Abad y San Marcos, tendiente a la escogencia del operador para la atención a los niños afro en el programa de primera infancia modalidad desarrollo infantil en medio familiar, para la contratación de la vigencia 2017”*.

1.2.- Hechos²:

Manifiesta la parte accionante, que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR viene desarrollando el programa de primera infancia - modalidad desarrollo infantil en medio familiar, en las comunidades negras y afrodescendientes que se encuentran representadas en los Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base Afro de los Municipios de San Onofre, Tolú, Tolú Viejo, San Benito Abad y San Marcos.

Señalan los accionantes, en el mes de diciembre del presente año, el ICBF - REGIONAL SUCRE va a celebrar una nueva contratación de operadores del citado programa para la vigencia del año 2017, precisando, que por esta razón, han solicitado a dicha entidad, que se realice el proceso de consulta previa con las autoridades de las comunidades afrodescendientes, sin que hasta el momento de formular la demanda haya habido una decisión al respecto.

Aducen, que el ICBF - REGIONAL SUCRE se ampara en un concepto del Ministerio del Interior emitido el día 12 de agosto de 2016, concerniente a que las regionales del ICBF, no se encuentran en la necesidad de adelantar procesos de consulta previa para los programas de primera infancia, pues,

² Folios 1 - 9 del expediente.

el trámite de la consulta podría requerir tiempos mayores, que no corresponden al carácter urgente de la asistencia que se subsana con dichos programas.

Relata la parte actora, que en un espacio de concertación entre el Director del ICBF – REGIONAL SUCRE y las comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre, en donde participaron además representantes de organizaciones sociales, veedurías ciudadanas y consejos comunitarios, el Director del ICBF – REGIONAL SUCRE manifestó, que el operador de los proyectos que se iban a ejecutar en dicho municipio, era la Fundación Hijos de la Sierra Flor, causando la desaprobación de los asistentes.

Dicen que en reunión del 17 de octubre de 2016, los miembros de los consejos comunitarios y organizaciones de base de las comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre, decidieron, unánimemente, que debido a las directrices del ICBF – REGIONAL SUCRE, solicitarían a su director, no fraccionar la contratación, sino que se llevara a cabo una sola y por un período de 18 meses y que se asignara como operador de los programas de primera infancia, a la fundación FUNDESOCIAL.

Señalan los accionantes, que el día 18 de octubre de 2016 se llevó a cabo otro espacio de concertación entre el Director del ICBF – REGIONAL SUCRE y las comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre, a fin de hacerle saber, las decisiones que se habían tomado por parte de los consejos comunitarios y organizaciones el día anterior, sin embargo, el Director del ICBF – REGIONAL SUCRE, volvió a reiterar que él era autónomo en la escogencia del operador y por eso se había hecho acompañar del representante legal de la Fundación Hijos de la Sierra Flor. Agrega que en dicha reunión, los representantes de las comunidades decidieron abandonar el recinto, sin conseguir resultados positivos para la comunidad de San Onofre.

En comunicado de prensa del día 29 de octubre de 2016, el representante de la Fundación Hijos de la Sierra Flor aseguró, que solo fueron invitados por

el ICBF a capacitar personal para el hogar infantil de San Onofre y no a dirigir programas.

Concluyen los accionantes, que el Director del ICBF – REGIONAL SUCRE se apartó de la decisión tomada por los consejos comunitarios y organizaciones afrocolombianas, quebrantando así los derechos de dichas comunidades, especialmente las asentadas en el Municipio de San Onofre.

1.3.- Actuación procesal. La acción fue admitida a través de auto de fecha 25 de “octubre” de 2016³. En la misma providencia, se negó una medida provisional solicitada por los accionantes y asimismo, se ordenó requerir al **MINISTERIO DEL INTERIOR - INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE**, para que se pronunciaran sobre las razones de hecho y de derecho en que se fundamentó el amparo solicitado, con la prevención legal, de que dicho informe se presumía rendido bajo la gravedad del juramento y que la omisión injustificada de lo que se les solicitó, daría lugar a que se tuvieran por ciertos los hechos, conforme lo establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

Se solicitó además, requerir a la parte actora que aportara los documentos respectivos de constitución y/o existencia de los CONSEJOS COMUNITARIOS DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE NUEVA ESPERANZA, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR y de la ORGANIZACIÓN KU – SUTO.

1.4.- Pronunciamiento de la entidad accionada.

-. Director (E) del ICBF – REGIONAL SUCRE⁴

El funcionario en mención, pide que se niegue el amparo solicitado, toda vez que el ICBF – REGIONAL SUCRE no ha vulnerado ningún tipo de derecho

³ Se recalca que la fecha real de expedición del auto fue el 25 de noviembre de 2016, la fecha consignada, es decir, 25 de octubre de 2016, corresponde a un error puramente involuntario de digitación. Visible a folio 23 del expediente.

⁴ Folios 99 -136 del expediente.

fundamental de alguna comunidad afrocolombiana, especialmente la asentada en el Municipio de San Onofre.

Indica, que actualmente se adelanta el proceso de contratación de la vigencia futura 2017, para la modalidad integral – Desarrollo Infantil en Medio Familiar y Centro de Desarrollo Infantil, en el marco de la normatividad vigente y bajo el concepto del Ministerio del Interior, referente a la no obligatoriedad de adelantar procesos de consulta previa.

Explica, que el ICBF – REGIONAL SUCRE, jamás se ha negado a concertar con dichas comunidades. Precisa, que la escogencia del operador es potestad de la Dirección Regional Sucre del ICBF y no le está dado a la comunidad beneficiaria, escoger a su arbitrio el operador. Aduce, que dicha selección se fundamenta en las calidades del operador proponente para la idónea prestación del servicio.

Alega, que en cumplimiento de la normatividad se propició el espacio de concertación en el Municipio de San Onofre, el cual tuvo como objeto concertar los componentes de la atención, tales como entornos educativos y protectores, componente de salud y nutrición, componente pedagógico, componente de talento humano y componente administrativo y de gestión para la modalidad de atención HCB FAMI, más no sobre el tema de escogencia del operador. Precisa, que los accionantes mencionan erróneamente al Despacho, una apreciación sobre el Hogar Infantil de San Onofre, modalidad de atención diferente en ese territorio y de la cual se invitó a la Fundación Hijos de la Sierra Flor inscrita, habilitada en el Banco Nacional de Oferentes de Primera Infancia únicamente para el Hogar Infantil.

Manifiesta, que no es cierto que se haya celebrado contrato de aporte para la modalidad Desarrollo Infantil en Medio Familiar con la Fundación antes mencionada y mucho menos, que se le haya entregado el Hogar Infantil, toda vez que esta fundación no aceptó la invitación a ofertar para este municipio, en consecuencia el Municipio de San Onofre siguió con el mismo

operador que venía administrando el Hogar Infantil en lo corrido del año 2016.

Recalca, que se han seguido las directrices impartidas por el ICBF – SEDE NACIONAL, en especial con lo relacionado a la programación de recursos con vigencias futuras – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien a través de memorando contempló, que los contratos con vigencias futuras de la Modalidad Hogar Infantil tendrán un plazo de ejecución del 01 de noviembre de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017, la modalidad tradicional del 01 de noviembre de 2016 hasta el 31 de julio de 2018 y la modalidad Centro de Desarrollo Infantil y Desarrollo Infantil en Medio Familiar, tienen plazo de ejecución contractual del 01 de noviembre hasta el 15 de diciembre de 2016, por tanto no es dable una sola contratación y por un período de 18 meses, sin contar con el presupuesto y las metas sociales y financieras, como lo proponen los actores.

Concluye, que en cumplimiento de las directrices del ICBF – SEDE NACIONAL, la regional Sucre celebró contratos de aporte con Asociaciones de Padres de Familia del Municipio de San Onofre, *"quienes son consideradas las primigenias de las comunidades afrocolombianas, ya que se encuentran conformados por padres de familia de dicho territorio con fuerte arraigo cultural afrodescendiente"*.

- . Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior⁵

La entidad en mención, manifiesta que lo que debe ser objeto de participación étnica, es la definición del lineamiento técnico diferenciado para la prestación del servicio de primera infancia a través de los espacios nacionales - Mesa Permanente de Concentración Indígena y Espacio Nacional de Consulta Previa para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras -, y no a través de cada resguardo o cabildo, parcialidad indígena o consejo comunitario considerados de manera

⁵ Folios 146 - 152 del expediente.

particular, toda vez que, los esfuerzos operativos harían inviables el reconocimiento de los menores a programas de primera infancia.

Indica, que existe falta de legitimación en la causa por activa, en la medida de que la parte accionante no aporta certificación que demuestre su delegación en representación de las Comunidades Negras y Afrodescendientes, por el Departamento de Sucre.

Solicita la improcedencia de la acción de tutela, ante la carencia de fundamentos fácticos y jurídicos que sustenten una presunta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa.

1.5.- Pruebas que reposan en el expediente.

-. Copia de la sentencia de fecha 5 de julio de 2016, proferida por el Honorable Consejo de Estado⁶.

-. Copia de Acta de proceso de consulta previa, tendiente a la escogencia de un operador para los programas de primera infancia que el ICBF desarrolla en el Municipio de Aracataca⁷.

-. Copia de Acta de proceso de consulta previa entre el ICBF y el Consejo Comunitario Afrocolombiano de Fundación (Magdalena)⁸.

-. Copia de la Resolución No. 034 del 19 de mayo de 2014, a través de la cual, el Ministerio del Interior ordena la actualización en el Registro Nacional Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Organización de Base denominada FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE DE TOROBE⁹.

⁶ Folios 12 – 23 del expediente.

⁷ Folios 24 -33 del expediente.

⁸ Folios 34 – 41 del expediente.

⁹ Folios 42 – 43 del expediente.

-. Certificado del objeto social y representación legal de la Asociación Agropecuaria de Afrodescendientes desplazados por la violencia de San Onofre¹⁰.

-. Copia de la Resolución No. 0242 de 1º de agosto de 2012, a través de la cual, el Alcalde del Municipio de San Onofre reconoce el Consejo Comunal y Comunitario de Negritudes Progresistas Nueva Esperanza del Corregimiento de San Antonio¹¹.

-. Copia de la Resolución No. 0252 del 10 de agosto de 2016, mediante la cual, el Alcalde del Municipio de San Onofre reconoce la reestructuración del Consejo Comunitario de Negritudes del Corregimiento de Berrugas¹².

-. Copia de la Resolución No. 547 del 12 de noviembre de 2016, mediante la cual, el Alcalde del Municipio de San Onofre reconoce el Consejo Comunitario Afrocolombiano del Corregimiento de Pajonal¹³.

-. Copia de la Resolución No. 124 del 29 de abril de 2016, mediante la cual, el Alcalde del Municipio de San Onofre reconoce el Consejo Comunitario Renaciente de la Comunidad Negra de Los Montes de María del Municipio de San Onofre¹⁴.

-. Copia de la Resolución No. 0241 del 1º de agosto de 2012, mediante la cual, el Alcalde del Municipio de San Onofre reconoce el Consejo Comunal y Comunitario de Negritudes Progresistas del Corregimiento de Labarses¹⁵.

-. Copia del certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Mujeres Afrodescendientes Víctimas y Vulnerables de San Onofre¹⁶.

¹⁰ Folios 47 – 48 del expediente.

¹¹ Folios 50 - 52 del expediente.

¹² Folios 54 - 56 del expediente.

¹³ Folios 58 - 60 del expediente.

¹⁴ Folios 61 - 63 del expediente.

¹⁵ Folios 65 – 69 del expediente.

¹⁶ Folios 71 – 72 del expediente.

- Copia de la Resolución No. 116 del 5 de diciembre de 2014, a través de la cual, el Ministerio del Interior ordena la actualización en el Registro Nacional Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, la Empresa Comunitaria Playas Doradas¹⁷.

- Copia del Acta 001 del 15 de octubre de 2016, donde se consignó un espacio de concertación del ICBF – REGIONAL SUCRE, con algunas comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre¹⁸.

- Copia del Acta 001 del 17 de octubre de 2016, donde se consignó un espacio de concertación autónomo de las comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre¹⁹.

- Copia de Acta de Reunión de fecha 18 de octubre de 2016, donde se consignó un espacio de concertación del ICBF – REGIONAL SUCRE, con algunas comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre²⁰.

- Copia de Acta de Reunión de fecha 15 de octubre de 2016, donde se consignó un espacio de concertación del ICBF – REGIONAL SUCRE, con algunas comunidades afrocolombianas del Municipio de San Onofre²¹.

- Copias de convocatoria para concertación de los diferentes programas de primera infancia, que lidera el ICBF con población Afrocolombiana, Negras, Raizales y Palenqueras²².

- Copia de memorando del ICBF, relacionado con recomendaciones frente a los procesos de concertación con comunidades étnicas para la

¹⁷ Folios 73 – 74 del expediente.

¹⁸ Folios 75 -79 del expediente.

¹⁹ Folios 80 - 85 del expediente.

²⁰ Folios 104 -105 del expediente.

²¹ Folios 106 - 108 del expediente.

²² Folios 109 – 120 del expediente.

prestación de los servicios de primera infancia y remisión de ruta de concertación²³.

-. Copia del Contrato de Aporte No. 70-0502-2016 celebrado entre el ICBF – REGIONAL SUCRE y la FUNDACIÓN AMIGOS UNIDOS DE CORAZÓN - FAUDECO²⁴.

-. Copia de la Resolución No. 251 de 2 de julio de 2013, a través de la cual, el Alcalde del Municipio de San Onofre reconoce el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Rebelión, del Corregimiento de Rincón del Mar²⁵.

-. Copia de certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Organización de Comunidades Negras de Sucre KUSUTO²⁶.

2. CONSIDERACIONES:

2.1- Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente la acción, conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto ley 2591 de 1991.

2.2.- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos descritos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver, se circunscribe en determinar: ¿El ICBF – REGIONAL SUCRE, vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de los CONSEJOS COMUNITARIOS Y ORGANIZACIONES DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFROCOLOMBIANAS: DE NUEVA ESPERANZA, BERRUGAS, PAJONAL, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR, RENACIENTES MONTES DE MARÍA, PROGRESISTAS LABARSES, FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE, PLAYAS DORADAS,

²³ Folios 121 – 123 del expediente.

²⁴ Folios 124 – 135 del expediente.

²⁵ Folios 138 – 141 del expediente.

²⁶ Folios 142 – 143 del expediente.

KU – SUTO y ASADEVSA, con ocasión de la escogencia y contratación del operador del programa “Primera Infancia Modalidad Desarrollo Infantil En Medio Familiar”?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1 Generalidades de la acción de tutela

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991, para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política²⁷.

Para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado, no disponga de otro medio de defensa, para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

2.3.2 Del derecho fundamental a la consulta previa.

Dentro de la enunciación de los principios que edifican el Estado Colombiano, se erige el de la democracia participativa, entendida como uno de los instrumentos para el aseguramiento de un orden político,

²⁷ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

económico y social justo. El respaldo constitucional de tal noción, se encuentra expresamente en el preámbulo y en su artículo 1º, así:

*“En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación **y asegurar a sus integrantes** la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, **dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo**, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana...”*

*“Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, **democrática, participativa** y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en **la prevalencia del interés general.**”*

El artículo 2º de la Carta Política, establece a su vez, la cláusula finalista del Estado Colombiano, es decir, la enunciación de los fines esenciales que han de cumplirse por parte de las autoridades estatales, i) para la protección de los derechos de todos los coasociados, ii) para asegurar el cumplimiento de los deberes, tanto de los agentes públicos como de los particulares y iii) para darle sentido a todo el sistema jurídico. El tenor literal de dicha norma, es el siguiente:

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

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

De igual manera, el artículo 7º superior, reconoce y consagra el deber del Estado de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana,

imperativo constitucional que busca al igual que otras obligaciones, el de mitigar cualquier trato de discriminación y salvaguardar las creencias de dichas comunidades.

Por su parte, el Convenio 169 - Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales En Países Independientes -, establece:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

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

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

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Del anterior contexto jurídico y deontológico, emana el derecho fundamental a la **consulta previa**, destinado a preservar la integridad de los pueblos indígenas y la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Valga la pena destacar, que la Honorable Corte Constitucional ha precisado que *“la condición de ser una comunidad indígena, tribal o aquellas que se encuentran en la frontera étnica y aducen conservar o estar reconstruyendo su integridad cultural, social y económica (elemento objetivo) tiene que ser valorado en el contexto específico de cada caso particular. No obstante, cuando una persona o comunidad se identifique como indígenas, afro, o en*

el espectro de la frontera étnica, debe presumirse y considerarse que esto es cierto”²⁸.

Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-256 de 2015, reiteró²⁹, que todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que se ejecute con el ánimo de intervenir en territorios de comunidades étnicas, sin importar la escala de afectación que genere, deberá observar las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

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

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados

²⁸ Sentencia T- 197 de 2016. M. P: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁹ Ver también Sentencia T - 129 de 2011. M.P: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

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

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

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

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

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

Ahora bien, aclarado el contenido y naturaleza del derecho fundamental a la consulta previa, lo que procede es definir qué se entiende por afectación directa a la comunidad étnica, al momento de darse curso, al proceso administrativo para concretar tal derecho. Para ello, se ha indicado que tal concepto, se entiende, en el sentido de que “*toda medida administrativa, de infraestructura, de proyecto u obra que intervenga o tenga la potencialidad de afectar territorios indígenas o étnicos, deberá*

agotar, no sólo el trámite de la consulta previa, desde el inicio, sino que se orientará bajo **el principio de participación y reconocimiento**, en un proceso de diálogo entre iguales, que tendrá como fin, el consentimiento, previo, libre e informado de las comunidades étnicas implicadas”³⁰.

Por lo cual, no toda afectación por sí misma, da lugar al ejercicio del mecanismo de protección pluricitado, de allí que se haya recurrido al estudio específico de cada evento, con apoyo de las directrices gubernativas solventadas al respecto, como lo es, en el caso concreto, la certificación del Ministerio del Interior, el cual, si bien, no es un requisito **sine qua non** para la consulta, si se traduce en un elemento de importancia mayúscula, para valorar el criterio de afectación directa. Sobre lo manifestado, se ha indicado:

“Pero existe un tema adicional que revela cuán aceptada ha sido esa perspectiva, incluso, por parte de las autoridades. Es el que tiene que ver con el trámite de la “Certificación de presencia de grupos étnicos en zonas de ejecución de proyectos”, una de las herramientas clave para resolver cualquier duda de los empresarios o de las entidades gubernamentales sobre la necesidad de agotar el proceso de consulta.

Algunos de los debates constitucionales que se dieron en el pasado sobre la procedencia de la consulta fueron resueltos en atención a la obtención de dicha certificación que, hoy, puede solicitarse vía web, a través del Programa de Gobierno en Línea del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Un caso emblemático es el de la sentencia T-880 de 2006[90], que le ordenó a Ecopetrol suspender las actividades exploratorias que estaba adelantando en una vereda del municipio de Tibú y consultar a las autoridades del Pueblo Indígena Motilón Barí sobre su presencia en la zona, para determinar de qué manera incidía la construcción de un pozo petrolero en su integridad cultural, social y económica.

El problema consistió en que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia negó la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del pozo petrolero, lo cual condujo a que el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial concediera la licencia ambiental para construirlo.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

La Corte ordenó verificar dicha presencia, porque, de confirmarse, habría que consultar a las minorías étnicas correspondientes sobre dicha construcción.

El trámite de la referida certificación fue un elemento fundamental para definir procesos posteriores, como el evaluado por la sentencia T-1045A de 2010. En este caso, la Corte advirtió que “el Ministerio del Interior y de Justicia recomendó realizar la consulta previa, precisamente por la presencia de comunidades afrodescendientes en la respectiva área de explotación, consulta que obviamente debió efectuarse antes de iniciarse la explotación minera”.

Pero eso no quiere decir que el documento opere como una camisa de fuerza que determine o descarte la realización de la consulta. La sentencia T-547 de 2010 aclaró ese tema, debido a que, en el caso, la misma se expidió con referencia en criterios legales y reglamentarios “según los cuales la consulta solo procedía si se trataba de adelantar proyectos en resguardos o zonas con asentamientos permanentes y a partir de la constatación de que el área del proyecto no hacía parte de un territorio indígena jurídicamente establecido”.

La Corte precisó que la ausencia de asentamientos permanentes de comunidades indígenas en la zona del proyecto no descartaba el trámite de la consulta previa, porque, de todas maneras, el elemento de afectación directa estaba demostrado, en tanto que el proyecto en estudio incidía sobre el entorno territorial y sobre los lugares en los que los accionantes realizaban prácticas culturales.

Así, quedó claro que la certificación es un instrumento válido al que, en aplicación del principio de buena fe, deben acudir las autoridades del Estado y a los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas.

Vale la pena recordar las consideraciones que hizo la Corte sobre tal exigencia de buena fe. El fallo advirtió que esta involucra el deber de plantear ante las instancias correspondientes el requerimiento de consulta, tan pronto se tenga conocimiento de una medida que pueda afectar a una comunidad indígena. Era dicha conducta la que se esperaba de las accionadas en este caso.

La Sala considera pertinente insistir sobre el marco de referencia que la Constitución y la jurisprudencia han desarrollado para cerrarle el paso a cualquier duda relacionada con la pertinencia de la consulta. Y sobre las herramientas que ha dispuesto el Gobierno para garantizar este derecho fundamental, mientras se determina la competencia que tienen los entes territoriales en esta materia.

Ciertamente, la ausencia de una regulación legal de los eventos en los cuales es procedente la consulta no excusa lo que ocurrió en este caso. Sobre todo, cuando existen instructivos como la Directiva Presidencial 001 del 2010, que indica qué acciones requieren agotar ese trámite, cuáles no y establece los mecanismos para desarrollarlo.

El documento fija una regla general que insta a realizar la consulta “antes de la ejecución o puesta en marcha de cualquier proyecto que pueda afectar a los Grupos Étnicos Nacionales, o los derechos de los que son titulares de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación”.

También precisa un listado de acciones concretas que deben ser consultadas con los grupos étnicos nacionales, entre las que se incluye la expedición de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a los grupos étnicos nacionales y que requieran en el ámbito de su aplicación la formulación de enfoque diferencial.

El hecho de que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior tenga entre sus funciones las de “expedir certificaciones desde el punto de vista cartográfico, geográfico o espacial, acerca de la presencia de grupos étnicos en áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, obras o actividades que tengan influencia directa sobre estos grupos” y “realizar las visitas de verificación en las áreas donde se pretenda desarrollar proyectos, a fin de determinar la presencia de grupos étnicos, cuando así se requiera” confirma que no hay pretextos para rehuir al trámite de la consulta.

Los interesados pueden requerir la información pertinente antes de proceder a la ejecución de cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por minorías étnicas.”³¹

No obstante, del mismo extracto jurisprudencial se destaca, que la complejidad de la afectación directa, con respecto a las distintas realidades que se puedan presentar a la hora de implementarse o no la consulta previa, es muy general y abarca sendas particularidades, donde es dable afirmar que es el juez constitucional, a través de una valoración pormenorizada bajo criterios racionales y razonables, el que determinara en

³¹ Supra, nota 29.

todo sentido, la procedencia del trámite que se cualifica en el derecho de la consulta previa, apoyándose a través de criterios geográficos, políticos y sociales, que permitan inferir el grado de la incidencia de la actividad que se dice afecta la identidad y cosmovisión de los pueblos indígenas, los cuales a su vez, reclaman su participación y dialogo sobre la misma.

2.4.- Caso concreto.

Los CONSEJOS COMUNITARIOS DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE NUEVA ESPERANZA, BERRUGAS, PAJONAL, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR, RENACIENTES MONTES DE MARÍA, PROGRESISTAS LABARSES; Y DE LAS ORGANIZACIONES: FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE, PLAYAS DORADAS, KU – SUTO y ASADEVSA, solicitan la protección del derecho a la consulta previa, presuntamente vulnerado por el MINISTERIO DEL INTERIOR y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE, con ocasión de la escogencia y contratación del operador del programa “*Primera Infancia Modalidad Desarrollo Infantil En Medio Familiar*”.

Pues bien, es menester manifestar en primer lugar, que en el *sub examine* se requiere llevar a cabo un procedimiento de consulta previa con la comunidad accionante, toda vez que existe una inobjetable relación directa, entre el marco estratégico de educación a la primera infancia del Municipio de San Onofre, como derecho fundamental de los niños de dicha población y la necesidad de que sea objeto de participación de tales grupos étnicos, precisamente, para cristalizar el principio de participación democrática, en la toma de una decisión que afecta a esta población.

En efecto, al encontrarse afectados los derechos de la referida comunidad, en la escogencia del operador del programa “*Primera Infancia Modalidad Desarrollo Infantil En Medio Familiar*” por parte del ICBF – REGIONAL SUCRE, sin ser incluidos o consultados, procede la protección del derecho fundamental a la consulta previa.

Valga la pena puntualizar, que si bien es cierto, en el proceso reposan copias de actas, donde están registradas reuniones entre algunos grupos

sociales, consejos y organizaciones comunitarias y el Director del ICBF – REGIONAL SUCRE, también lo es, que esos espacios que se llevaron a cabo, no satisfacen por sí solos, el alcance del derecho fundamental a la consulta previa.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha reiterado³² que la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia, fijó el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa y determinó las siguientes etapas:

- Etapa I: Preparación integral de la consulta previa
- Etapa II: Reunión de trabajo del proceso de consulta previa – concertación.
- Etapa III: Protocolización de la consulta previa – reunión
- Etapa IV: Seguimiento – consulta previa.

Sin que sea dable concluir, que el carácter urgente del programa, descarte el trámite de la consulta previa, porque, la protección de los derechos fundamentales de los niños de dicha comunidad y el éxito del marco administrativo del programa, depende, precisamente, de las necesidades reales que la propia comunidad, puede dar a conocer a través de un proceso de consulta previa responsable, ágil y libre de politización.

Resulta importante aclarar, que el ámbito de protección del presente amparo se circunscribe solamente al programa **“Primera Infancia Modalidad Desarrollo Infantil en Medio Familiar”** y **dentro de la comunidad asentada en el Municipio de San Onofre**, pues, de un examen integral de la acción de tutela se puede inferir, que es este el programa cuyo interés tienen los accionantes para que sea objeto de consulta previa y conforme a las piezas procesales que militan en el expediente, existe una falta de legitimación en la causa por activa frente a otros programas de protección

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de julio de 2016, C.P: Dr. 2016-00002-01.

familiar, que pudiesen ser ejecutados en otros municipios del Departamento de Sucre, ya que no existen actos de representación o delegación de otras comunidades asentadas en los sitios de ejecución de tales contratos.

Por último y para las resultas del presente proceso, la Sala no tutelara el amparo solicitado por el Consejo Comunitario de Negritudes y Afrocolombianos de Nueva Esperanza, toda vez que fue el único accionante que no acreditó su existencia y representación legal, por ende, carece de legitimación en la causa por activa.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la consulta previa de los CONSEJOS COMUNITARIOS DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE BERRUGAS, PAJONAL, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR, RENACIENTES MONTES DE MARÍA, PROGRESISTAS LABARSES; y de las ORGANIZACIONES: FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE, PLAYAS DORADAS, KU – SUTO y ASADEVSA, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: NO TUTELAR el amparo solicitado por el CONSEJO COMUNITARIO DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE NUEVA ESPERANZA, de conformidad con lo dicho en esta providencia.

TERCERO: ORDÉNESE al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** -, que adelante el proceso de consulta previa con los CONSEJOS COMUNITARIOS DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE BERRUGAS, PAJONAL, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR, RENACIENTES MONTES DE MARÍA, PROGRESISTAS LABARSES; y de las ORGANIZACIONES: FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE, PLAYAS DORADAS, KU – SUTO y ASADEVSA, tendiente a la escogencia de un operador para el programa “*Primera Infancia Modalidad*

Desarrollo Infantil en Medio Familiar”, que el ICBF – REGIONAL SUCRE desarrolla en el Municipio de San Onofre.

Para efectos de dicha actuación, la DIRECCIÓN DE CONSULTA PREVIA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, dentro del marco de sus competencias, dirigirá el respectivo proceso de consulta previa, verificando los compromisos que allí se pacten y realizando las recomendaciones a que haya lugar, todo en el marco de la protección aquí dispuesta.

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

QUINTO: Si no fuere impugnada esta decisión, se remitirá la actuación, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 215/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS
(Ausente con permiso)

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA