



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, diez (10) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2017-00015-00
ACCIONANTE: COMUNIDAD INDÍGENA DE CABILDOS
MENORES ZENÚ 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 la **COMUNIDAD INDÍGENA DE CABILDOS MENORES DE BERRUGAS, PALO ALTO, LA LIBERTAD, RINCÓN DEL MAR Y PAJONAL, PERTENECIENTES AL MUNICIPIO DE SAN ONOFRE**, contra el **MINISTERIO DEL INTERIOR – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE**.

ANTECEDENTES

1.1- Pretensiones¹:

Los representantes legales de la **COMUNIDAD INDÍGENA DE CABILDOS MENORES ZENÚ** 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**.

¹ Folio 7 del expediente.

Piden en consecuencia, hacer extensivo el amparo que fue concedido a los CONSEJOS COMUNITARIOS Y ORGANIZACIONES DE BASE DE COMUNIDADES NEGRAS Y AFROCOLOMBIANAS DEL MUNICIPIO DE SAN ONOFRE, por parte de este Tribunal mediante fallo del 9 de diciembre de 2016, con el fin de que los accionantes hagan parte “*en poder proponer un operador para la contratación del periodo 2017 en el programa de primera infancia modalidad desarrollo infantil en medio familiar*”.

1.2.- Hechos²:

Refiere la parte accionante, que este Tribunal mediante sentencia del 9 de diciembre de 2016, ordenó al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, adelantar 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.

Manifiestan los actores, que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, viene desarrollando el programa de primera infancia -modalidad desarrollo infantil en medio familiar, en las comunidades afrodescendientes e indígenas que se encuentran representadas en los Consejos Comunitarios y Organizaciones de Base Afro y Base Indígena del Municipio de San Onofre.

Señalan, que 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 indígenas, sin que hasta el momento de formular la demanda, haya habido una decisión al respecto.

² Folios 1 - 4 del expediente.

Concluyen los accionantes, que en el programa primera infancia - modalidad desarrollo infantil en medio familiar, también se atiende la población indígena (niños, niñas, madres en periodo de gestación y lactancia), por ende, se amerita la participación de esta comunidad.

1.3.- Actuación procesal.

Luego de sendas actuaciones³, la acción fue admitida a través de auto de fecha 2 de febrero de 2017. En la misma providencia, 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 COMUNIDADES INDÍGENAS LA LIBERTAD y PALO ALTO.

1.4.- Pronunciamiento de la entidad accionada.

-. Director (E) del ICBF – REGIONAL SUCRE ⁴

El funcionario en mención, pide que se niegue el amparo solicitado, toda vez que la acción es improcedente y por no haber vulnerado ningún tipo de derecho fundamental a alguna comunidad indígena.

³ Inicialmente la acción fue presentada ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Onofre, quien mediante auto del 31 de enero de 2017, remitió el proceso ante este Tribunal, correspondiéndole el reparto al Despacho de la Magistrada Silvia Rosa Escudero Barboza, quien a su vez, dirigió el expediente al Despacho del suscrito ponente, en virtud del Decreto 1834 de 2015.

⁴ Folios 63 -70 del expediente.

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, con los CONSEJOS COMUNITARIOS DE NEGRITUDES Y AFROCOLOMBIANOS DE BERRUGAS, PAJONAL, REBELIÓN RINCÓN DEL MAR, RENACIENTES MONTES DE MARÍA, PROGRESISTAS LABARSE; y de las ORGANIZACIONES: FUNDACIÓN PALENQUE LIBRE, PLAYAS DORADAS, KU –SUTO y ASADEVSA, por ende, resulta inviable que se haga extensivo el fallo del 9 de diciembre de 2016 a los accionantes.

Resalta, que de acuerdo a los datos que reposan en el ICBF, en la actualidad, solo se está atendiendo de la comunidad accionante, un solo niño, por tanto, no resultaría razonable, ni garantista de los derechos fundamentales, que se suspendiera la prestación del servicio a más de 600 niños y niñas, para adelantar un procedimiento que es extenso.

Puntualiza, que a través de sentencia T – 475 de 2016, la Honorable Corte Constitucional enfatizó, que en atención a la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, el proceso de concertación requerido para garantizar el enfoque diferencial en los programas de primera infancia del ICBF, no puede significar en modo alguno la suspensión de la prestación de estos servicios a la población beneficiaria, por tanto, dada la necesidad de prestar de forma inmediata e ininterrumpida dichos programas, en lo que corresponde a los contratos que se encuentran actualmente en ejecución por parte del ICBF, los mismos no pueden ser terminados.

Concluye, que el ICBF ha garantizado que en todas las modalidades de atención a primera infancia, se incluya una fase de concertación, que permita el dialogo intercultural frente a los componentes de la atención, en aras de garantizar la inclusión, no sólo del talento humano propio, sino de elementos culturales y prácticas propias, dentro de los esquemas de atención para perpetuar los elementos culturales diferenciados, dentro de la prestación del servicio.

-. Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior⁵

Solicitó la integración del litisconsorcio necesario de la Autoridad Tradicional del Gran Resguardo de San Andrés de Sotavento, con el objeto que se identifique la pertenencia o no de la comunidad accionante, respecto del Resguardo de San Andrés de Sotavento.

1.5.- Pruebas que reposan en el expediente.

-. Copia de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre⁶.

-. Copia de solicitud de vinculación al proceso de tutela radicado 70001-23-33-000-2016-00349-00, suscrita por los aquí accionantes⁷.

-. Copia de resolución, a través de la cual, el Director de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior reconoce como parcialidad indígena a la comunidad Rincón del Mar, del Pueblo Zenú⁸.

-. Copia de la Resolución No. 0074 del 29 de junio de 2012, mediante la cual, el Director de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior, reconoce como parcialidad indígena a la comunidad Pajonal, del Pueblo Zenú⁹.

-. Copia de resolución, a través de la cual, el Director de Asuntos Indígenas ROM y Minorías del Ministerio del Interior reconoce como parcialidad indígena a la comunidad Berrugas, del Pueblo Zenú¹⁰.

-. Copia de Acta de *“Preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo y formulación de acuerdos con los consejos comunitarios y organizaciones de base de comunidades*

⁵ Folio 117 - 118 del expediente.

⁶ Folios 9 - 19 del expediente.

⁷ Folios 20 del expediente.

⁸ Folios 21 – 23 del expediente.

⁹ Folios 28 – 32 del expediente.

¹⁰ Folios 36 - 38 del expediente.

negras y afrocolombianos del Municipio de San Onofre, en el marco del cumplimiento del fallo del Tribunal Administrativo de Sucre, referente a la escogencia de un operador para el programa Primera Infancia Modalidad Desarrollo Infantil en Medio Familiar, a cargo del ICBF – REGIONAL SUCRE, en el Municipio de San Onofre”¹¹.

-. Copia de reporte del aplicativo institucional para el registro de beneficiarios “cuéntame”¹².

-. Copia de la sentencia de fecha 23 de enero de 2017, a través de la cual, el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Sincelejo, ampara los derechos fundamentales a la salud, educación, libre expresión, autonomía, integridad e identidad cultural y social y seguridad social, invocados por varias personas que actuaron como agentes oficiosos de los niños y niñas del programa Desarrollo Infantil en Medio Familiar en el Municipio de San Onofre¹³.

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:

¿Es procedente extender a los accionantes los efectos de la sentencia de 9 de diciembre de 2016, a través del cual, este Tribunal concedió el amparo

¹¹ Folios 76 -91 del expediente.

¹² Folios 92 del expediente.

¹³ Folios 93 – 113 del expediente.

del derecho a 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, 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 Política¹⁴.

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.

¹⁴ “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”

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, 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”*¹⁵.

Ahora bien, el Alto Tribunal Constitucional en sentencia T-256 de 2015, reiteró¹⁶, 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

¹⁵ Sentencia T- 197 de 2016. M. P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁶ Ver también Sentencia T - 129 de 2011. M. P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

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

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”*¹⁷.

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.

2.3.3 Protección constitucional de los derechos de los niños

Bajo la autoridad de la Constitución Política, es un imperativo garantizar la satisfacción integral de todos los derechos de los niños, obligación que inicia desde los núcleos familiares, continuando en el entorno social, y culminando en todo el accionar del Estado. Dicha corresponsabilidad, el Constituyente la cobijó alrededor de dos principios rectores: interés superior, y prevalencia de los derechos de los niños, pilares axiológicos que sirven como pautas de interpretación de todo el sistema jurídico, cuando de intereses de los niños se trata.

En efecto, el artículo 44 de la Constitución dispone:

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. *Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Adicionalmente a la anterior disposición, el Estado colombiano ha ratificado sendos convenios y tratados internacionales concernientes a la protección especial de los niños, los cuales en virtud del artículo 93 de la Constitución, hacen parte integral del ordenamiento superior, por ende, deben servir como parámetros obligatorios de interpretación al momento de invocar precisamente el artículo 44 superior. Uno de los instrumentos internacionales de gran relevancia, es la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸, la cual señala:

*“Artículo 3.1: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, **los tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

Por su parte, el legislador al compás de dicho marco constitucional, a través de la Ley 1098 de 2008 – Código de la Infancia y de la Adolescencia – dispuso:

“ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a*

¹⁸ Ratificado mediante Ley 11 de 1992.

garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

ARTÍCULO 90. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

Sobre el tema, la jurisprudencia de la Honorable Constitucional, en sentencia C-262 de 2016, reiteró:

“El “interés superior del menor” implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, “únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular”; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”

(..)

Esta Corte sintetizó las dos clases de parámetros para identificar cuándo puede verse involucrado el interés superior del menor. Es con fundamento en ellos que se debe orientar el análisis y resolución de casos puntuales. Se trata de (i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas. Dijo al respecto la providencia en comentario:

“(i) En cuanto a las condiciones jurídicas que caracterizan el interés superior del menor, se refieren a aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio pro infans). Algunas de estas son las siguientes:

- Garantía del desarrollo integral del menor. El artículo 44 de la Constitución asigna a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. El desarrollo es armónico cuando comprende las

diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas.

- Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Como se mencionó, los derechos de los menores son, además de los derechos de toda persona, aquellos específicamente consagrados en el artículo 44 superior (vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación equilibrada, nombre, nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, cuidado, amor, educación, cultura, recreación y libre expresión). De esta manera, el interés superior del menor demanda una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.

- Protección ante riesgos prohibidos. Es obligación del Estado, pero también de la familia y de la sociedad, proteger a los menores “frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”, lo que guarda plena correspondencia con el artículo 44 superior, en tanto exige la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

- Equilibrio con los derechos de los padres. Es importante anotar que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores “no significa que sus derechos sean absolutos o excluyentes”, sino que debe procurarse su armonización con los derechos de las personas vinculadas a un niño, en especial con sus padres, biológicos, adoptivos o de crianza, de modo que solo ante un conflicto irresoluble entre los derechos y unos y otros la solución debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

- Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Sobre el particular la Corte ha explicado que para garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, “se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”.

- Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. En este punto cabe añadir que la injerencia del Estado en el ámbito de las relaciones filiales debe estar precedida de motivos suficientes, que vayan más allá, por ejemplo, de las condiciones económicas en

las que se desenvuelve un menor, en especial cuando se trata de separar los vínculos entre unos y otros.

(ii) En cuanto a las condiciones fácticas, son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión”.

Por ejemplo, esta corporación ha advertido que “en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado”. En esa medida, ante una reposada valoración de las condiciones fácticas, “resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente (...)”, sobre todo si se tiene en cuenta que “la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”.

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

Sin perjuicio de lo anterior, es menester destacar que el Juez constitucional, no puede relevarse de la carga de analizar en cada caso en concreto, las circunstancias que rodean el conflicto entre los derechos fundamentales de los niños y el de los demás, a fin de administrar justicia bajo el principio del debido proceso, especialmente cuando ha existido, como en este caso, un pronunciamiento anterior que dispuso órdenes que evidentemente tocan el proceso contractual ahora considerado.

2.4.- Caso concreto.

La COMUNIDAD INDÍGENA DE CABILDOS MENORES DE BERRUGAS, PALO ALTO, LA LIBERTAD, RINCON DEL MAR, Y PAJONAL, PERTENECIENTES AL MUNICIPIO DE SAN ONOFRE, 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*”.

Dicho amparo, se concreta en extender los efectos del amparo concedido a 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, KU – SUTO y ASADEVSA, por parte de este Tribunal en sentencia del pasado 9 de diciembre de 2016.

Pues bien, con relación a la solicitud de extensión de los efectos del fallo aludido, punto medular de la *petitum* de la parte accionante, la Sala negará, en este caso, tal petición por las razones que seguidamente se pasan a mencionar.

Si bien es cierto, 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, también lo es, que este Tribunal no puede convertir el procedimiento contractual de dicho programa, en un escenario indefinido de contratación.

Al efecto, si desde mediados del año 2016, las comunidades étnicas del Municipio de San Onofre, tenían conocimiento de la contratación del referido programa para la vigencia del 2017, lo razonable y sensato, bajo las

reglas de la sana crítica, es que desde esa misma anualidad, ejercieran su derecho fundamental de petición ante las autoridades del ICBF, para que se les involucrara en un espacio de concertación y en el evento de que no prosperará tal petición, debían **presentar oportunamente**, los mecanismos judiciales de protección constitucional, para así no dilatar el proceso contractual.

Es importante aclarar, que no se está fijando algún término de caducidad para la presentación de la acción de tutela, sino en enfatizar que el escenario de concertación requerido para garantizar el enfoque diferencial del programa *“Primera Infancia Modalidad Desarrollo Infantil En Medio Familiar”*, no puede significar en modo alguno, la suspensión reiterada de la prestación de dichos servicios a la población de los niños, so pretexto de garantizar el derecho a la consulta previa, de cualquier comunidad del Municipio de San Onofre, que quiera invocar su protección **en cualquier tiempo**, colocando en peligro la ejecución y continuidad de la satisfacción integral de los derechos de los niños en el referido territorio.

Lo anterior se refuerza aún más, si se tiene en cuenta que en este proceso, se demostró un avance del procedimiento de consulta previa, respecto del mencionado programa en el Municipio de San Onofre, conforme al *“Acta de Preconsulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo y formulación de acuerdos con los consejos comunitarios y organizaciones de base de comunidades negras y afrocolombianos del Municipio de San Onofre,”* que fue incorporado al proceso.

Ante lo anterior, advierte la Sala que si se admitiera el amparo solicitado, antes que extender los efectos del fallo del 9 de diciembre de 2016, se estarían limitando los mismos, toda vez que *i)* se prorrogaría indefinidamente el proceso de consulta previa que fue ordenado, *ii)* se abriría la puerta a que cualquier comunidad o grupo poblacional étnico, quisiera participar en cualquier tiempo, desconociendo el debido proceso administrativo y *iii)* se estaría cediendo el interés superior de los niños, frente al **ejercicio tardío de los derechos de las comunidades étnicas**.

Es de resaltar, que los aquí accionantes, en los documentos aportados con la demanda, no demostraron, como señalan en el libelo genitor, que hayan acudido a reclamar su derecho a la concertación previa, de allí que llame la atención, que de manera tardía acudan a exigir tal mecanismo, entendiéndose de esta manera haber estado de acuerdo con lo que se venía haciendo desde hacía años atrás, aspecto que diferencia la actitud de las comunidades afrodescendientes, quienes demostraron haber participado activamente en el proceso de concertación, sin haber sido debidamente escuchados en debida forma, tal y como puede leerse en la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016, proferida por este Tribunal.

En ese orden de ideas, la Sala resolverá no tutelar el amparo solicitado.

Por otro lado, respecto de la solicitud de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM del Ministerio del Interior, concerniente a la integración de del litisconsorcio necesario de la Autoridad Tradicional del Gran Resguardo de San Andrés de Sotavento, con el **objeto** que se identifique la pertenencia o no de la comunidad accionante, al Resguardo de San Andrés de Sotavento, considera la Sala, que tal entidad no reúne la condición de litisconsorte necesario, ya que su presencia no es indispensable dentro del litigio para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa.

Y si por el contrario, de lo que se trata es de constituir prueba, resulta evidente que el Ministerio del Interior, entre sus dependencias, tiene una destinada a establecer los resguardos existentes en el país, por ende, a delimitar su existencia y jurisdicción, por lo que, correspondería a dicho ente, traer al proceso la prueba requerida y no esperar a que una comunidad indígena señale si tiene o no injerencia en lo tratado.

En resumen de lo expuesto, en protección de los derechos fundamentales de los menores de edad, que pueden verse conculcados al extenderse el contenido de la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2016, proferida por este Tribunal y al no requerirse la presencia de la Autoridad Tradicional del Gran Resguardo de San Andrés de Sotavento, en este expediente, ni como

litis consorte necesario, ni como posible prueba a considerarse, se negará el amparo requerido y no se dispondrá vinculación alguna.

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

FALLA:

PRIMERO: NO VINCULAR a la Autoridad Tradicional del Gran Resguardo de San Andrés de Sotavento, como litis consorte necesario al presente proceso, conforme lo anunciado.

SEGUNDO: NEGAR el amparo solicitado por la COMUNIDAD INDÍGENA DE CABILDOS MENORES DE BERRUGAS, PALO ALTO, LA LIBERTAD, RINCÓN DEL MAR Y PAJONAL, PERTENECIENTES AL MUNICIPIO DE SAN ONOFRE, contra el MINISTERIO DEL INTERIOR – INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SUCRE, conforme lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

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

CUARTO: 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. 0023/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA