



Juzgado Tercero de Familia
Distrito Judicial de Valledupar
Calle 14 Carrera 14 Palacio de Justicia. Piso 6.
j03fvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Valledupar, Cesar, cuatro (4) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Asunto	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	20-178-31-05-001-2020-00063-00
Accionante	HIDALMIS BEATRIZ ROMERO ORTIZ representante legal de la ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR "ASAFRORAPA".
Accionada	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF -, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, REGIONAL CESAR, MINISTERIO DEL INTERIOR – DIRECCIÓN DE ASUNTOS PARA COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANA, RAIZALES Y PALENQUERAS, MINISTERIO DE CULTURA.
Derecho Fundamental reclamado	DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.
Sentencia: 098.	Tutela: 044.

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponda respecto de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

HIDALMIS BEATRIZ ROMERO ORTIZ representante legal de ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR "ASAFRORAPA", en adelante ASAFRORAPA, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa y concertación, autonomía y autogobierno, educación con enfoque étnico y diferencial, a la escogencia del operador, pretendiendo orden a INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – de iniciar proceso de concertación, consulta previa, y escogencia del operador con los consejos comunitarios y organizaciones de base para el Programa "Generaciones Étnicas con Bienestar".

Como fundamento de su petición expone:

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR viene desarrollando en los territorios de comunidades negras diversos programas sin la debida consulta previa, concertación y escogencia del operador en la mayoría de sus territorios, como lo establece el Convenio de la OIT, Ley 70 de 1993, designando operadores privados que desconocen su cultura afro, además vinculan personal que no pertenece a las comunidades afrodescendientes, afectando el principio

de autonomía y autogobierno, su cultura, tradiciones e idiosincrasia, lengua, valores, nutrición tradicional, porque muchas veces los operadores vienen de otros lugares del país, no conocen el territorio y no implementan en la educación de los niños un enfoque étnico diferencial (Etnoeducación).

En diferentes oportunidades como organización de base se dirigió ante ICBF REGIONAL -CESAR para que se implementara el enfoque étnico diferencial en la atención de los grupos étnicos, como consta en la Resolución 2000 de 2 de abril de 2014 expedida por ICBF, a fin de que se concertara con las organizaciones de base la aplicación del programa de primera infancia (hogares tradicionales, hogares FAMI, modalidad institucional, modalidad familiar y modalidad propia intercultural), además solicitó en virtud del principio de autonomía y autogobierno, escoger el operador que ejecutará esos programas, pero ICBF NACIONAL y REGIONAL se han negado a reconocer ese derecho fundamental.

Que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, expidió memorando *“Delegación de funciones en materia contractual a los directores regionales, 4.3 “Celebración de contratos de aportes de forma directa”* del Manual de Contratación del ICBF vigente con el propósito de desarrollar un programa de promoción y prevención para la protección integral de niñas, niños y adolescentes modalidad *“Generaciones Étnicas con Bienestar”*, el cual asume el enfoque diferencial en el diseño y aplicación de la política pública para la prevención y protección integral a la niñez tomando como punto de partida las características particulares de la población indígena, afrocolombiana, raizal, palanqueros, y ROM, que los diferencian del resto de los nacionales.

ICBF-Bogotá, estableció que previo a la contratación y operación se requiere presentar a las organizaciones étnicas el programa, sus objetivos componentes, resultados esperados y requisitos de idoneidad para operar, garantizando que estas organizaciones tengan la oportunidad de expresar su voluntad de participar y operar el programa en su modalidad de *“Generaciones étnicas con Bienestar”*, sin embargo a la fecha no ha cumplido con esas órdenes, ya que no ha realizado la concertación, acercamiento, diálogo intercultural con las comunidades étnicas, ni solicitado el listado de niños, niñas, adolescentes focalizados perteneciente a las comunidades que pueden ser beneficiarios del programa *“Generaciones Étnicas con Bienestar”*.

También esa entidad convocó el registro de oferentes, siendo discriminatorio en el enfoque étnico diferencial con las comunidades negras y afrocolombianas, raizal y palanqueras, en materia educativa, cultural y nutricional como quiera

que están impartiendo educación a los niños en todas las modalidades en primera infancia, violando el derecho fundamental a la consulta previa, identidad cultural y educación pertinente con enfoque diferencial porque los operadores, que no tienen ninguna formación en estudios afrocolombianos, no pertenecen a sus comunidades.

ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud fue admitida con proveído de 24 de agosto de 2020, solicitándole a las accionadas y vinculadas pronunciarse sobre los hechos que originaron la acción, ejerciendo su derecho de contradicción y defensa.

Por auto de 25 de agosto se vinculó a Ministerio de Educación Nacional, Gobernación del Cesar y Alcaldía Municipal del Valledupar.

CONTESTACIÓN

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, REGIONAL CESAR, señala el objeto y principios del programa “Generaciones Étnicas con Bienestar”, la forma de operación e indica que está dirigido a niñas, niños y adolescentes entre los 6 y los 17 años, 11 meses y 29 días, en condición de vulnerabilidad social y territorial, y de mayor exposición a riesgo psicosocial. Que para la vigencia 2020, la focalización de comunidades y coberturas a atender en el programa se basaron en lo establecido en el Lineamiento Técnico del Programa de Promoción y Prevención para la Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes “Generaciones con Bienestar” (LM3.PP Versión 1 de 02/02/2017), donde dice que la selección se hace considerando dar continuidad a los procesos de atención de las vigencias anteriores y zonas de riesgo identificadas de vulneración o inobservancia de derechos para niños, niñas y adolescentes, en consecuencia, se priorizó la atención de las comunidades atendidas en la vigencia 2019 que cumplían estos requisitos para dar continuidad al fortalecimiento de la identidad cultural como factor de protección integral y garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Que en cumplimiento del memorando 202012400000100453 radicado el 14 de julio de 2020 de las Direcciones de Infancia, Adolescencia y Juventud, que brinda orientaciones para el trámite del proceso de contratación del programa, se hizo acercamiento con las comunidades priorizadas vía correo electrónico para socializar el programa “Generaciones Étnicas con Bienestar” y consultar su disposición de aceptarlo nuevamente; así como para poner en conocimiento los criterios de idoneidad establecidos para ser operador de la modalidad, considerando que el ICBF prioriza a las organizaciones étnicas para ejecutar el

programa en sus territorios, siempre que cumplan con los criterios jurídicos, financieros y técnicos y precisa: si la organización étnica comunica la aceptación del programa y la imposibilidad de contratar debido al no cumplimiento de los criterios, el ICBF realizaría selección de un operador externo a la comunidad que cumpla con condiciones habilitantes para la operación del programa, acorde a lo establecido en el citado memorando de las Direcciones de Infancia, Adolescencia y Juventud.

Que previo a la focalización y priorización, las autoridades de la comunidad étnica interesada en la implementación del programa deberán hacer solicitud formal de atención, que contenga: 1) diagnóstico territorial que identifique las necesidades y problemáticas que afecten a los niños, niñas y adolescentes del territorio a atender, 2) relación de los posibles niños, niñas y adolescentes a beneficiar, informando nombres y apellidos, documento de identificación, edad, lugar de residencia, datos de contacto. Con esa información ICBF, Regional Cesar, procederá a solicitar a las Direcciones de Infancia; Adolescencia y Juventud del ICBF Sede Nacional su consideración acorde a la disponibilidad presupuestal del programa para la vigencia.

Solicita declarar improcedente la acción de tutela en atención al concepto emitido por el Ministerio del Interior *«en donde manifiesta la no obligatoriedad de la consulta previa en el marco de los programas de la atención a la primera infancia inclinándose por recomendar la realización de concertaciones con las comunidades.»* Señala, que las consultas previas realizadas por ICBF con posterioridad a ese concepto fueron en acatamiento a decisiones judiciales adoptadas en trámites constitucionales de tutela. ICBF en cumplimiento de su misión viene atendiendo a población vulnerable de los municipios y en el marco de ellos tiene una modalidad de atención denominada "Modalidad de Desarrollo Infantil en Medio Familiar" donde se atiende a niños de 0 a 5 años, precisando que los beneficiarios responden a todas las etnias asentadas en el departamento. ICBF Nacional y Dirección Regional del Cesar, realizaron el proceso de contratación de operadores para la prestación de servicios de atención integral a la primera infancia; y dieron orientaciones a los operadores para que bajo la dirección del ICBF, surtieran los procesos de concertación necesarios para garantizar el derecho a la participación de las comunidades étnicas asentadas en el territorio.

En cuanto a las apreciaciones de la accionante, que la escogencia por parte del ICBF del operador de la prestación del servicio afecta la autonomía y autogobierno de los Consejos Comunitarios, señala, que ICBF concierta con la comunidad y el operador los lineamientos del servicio con enfoque diferencial, el proceso de concertación se centra en el "por qué" y en el "cómo" de la

prestación del servicio, no en el “quién” y en esa medida la escogencia del operador es potestad de la Dirección Regional del ICBF en cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales».

Que la consulta previa debe efectuarse de manera obligatoria tal como lo ha indicado la Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia, para el caso en concreto la misma procede de manera general para poner a consideración de las negritudes de la región, el modelo de atención de primera infancia en la zona de la Comunidad Afro, pero no como pretende el accionante que sea el mecanismo para la escogencia del contratista que desarrolle el programa, ya que este procedimiento no está instituido para sustituir el procedimiento legal de escogencia y contratación del prestador, por ello esta decisión no debe ser objeto de la consulta que debe hacerse a esa comunidad.

Que el ICBF está obligado a hacer consulta previa únicamente en los procesos en los que un niño, niña o adolescente será declarado en adoptabilidad, pero para aplicar el enfoque diferencial en sus programas y servicios, promueve la concertación con las comunidades beneficiarias de manera directa y al permitirse la escogencia directa del operador, por parte de la comunidad se estarían exponiendo a la prestación de un servicio sin el lleno de los requisitos legales, financieros y técnicos. La escogencia del operador de los programas de atención del ICBF en las comunidades étnicas no tienen virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural de las comunidades étnicas y por ende no resulta procedente un proceso de consulta previa para esa contratación, toda vez que el prestador del servicio de atención debe ser el más capacitado, requiriéndose que cumpla con los requisitos que la ley impone para la contratación. En este orden, si bien es conveniente que las propias comunidades sean las que ofrezcan la prestación del servicio, la comunidad o consejo comunitario debe cumplir estrictamente con los requisitos legales y los pliegos de condiciones que impongan en el proceso de contratación, siendo el ICBF el competente para finalmente escoger el operador o prestador del servicio más calificado.

El ICBF debe observar e implementar mecanismos de concertación que permitan asegurar un dialogo que respete el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades accionantes, y que la educación a brindar esté acorde y mantenga las tradiciones y costumbres de tales grupos minoritarios, lo que no implica en modo alguno la obligación de contratar los docentes o programas de educación con la comunidad misma. Pero sí que los educadores vinculados conozcan las tradiciones, costumbres y estén capacitados para educar a los niños con respeto y fomento a su cosmovisión y tradiciones

particulares y así poder lograr que esos programas reflejen un enfoque diferencial. Lo anterior, sin afectar los derechos de aquellos niños y niñas que no se reconocen como miembros de comunidades étnicas que habitan en la región.

Los mecanismos de concertación no podrán durar indefinidamente, por lo tanto, si vencido un término prudencial de un mes para hacer la concertación o consulta, no se logra el acuerdo conforme al principio de protección del interés superior de los niños, corresponderá a las autoridades del Estado, en este caso, al ICBF, adoptar las medidas que sean razonables y proporcionales, que permitan maximizar la eficacia y garanticen la protección de los derechos, tanto de los menores de edad pertenecientes a las comunidades accionantes, como de los niños que no se reconocen como miembros de la misma.

Que la acción incoada no cumple con el presupuesto de subsidiariedad, por cuanto el medio idóneo para atacar el asunto en cuestión, son las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, máxime, que la actora en representación del Consejo Comunitario ni siquiera ha elevado solicitud de concertación o reclamación administrativa previa, tampoco acreditó la existencia de un perjuicio fundamental irremediable.

MINISTERIO DEL INTERIOR, expresó que no realiza de forma oficiosa el seguimiento a las actividades, planes o proyectos que se encuentre ejecutando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF Regional Cesar en el municipio de La Jagua de Ibirico, Cesar, además realizada la búsqueda en el Sistema de Información de Consulta Previa- SICOP del Ministerio del Interior no se encontró que en el municipio de La Jagua de Ibirico se encuentren realizando procesos consultivos por parte del ICBF Regional Cesar.

Señala que revisadas las bases de datos de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, "ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR-ASAFRORAPA", no se encuentra registrada como tal en el municipio de La Jagua de Ibirico, ni en el Departamento del Cesar, aporta captura de pantalla, y señala que el Certificado de Cámara y Comercio aportado por la parte accionante, no está vigente, porque fue expedido en diciembre de 2019.

La Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior no tuvo conocimiento de los requerimientos realizados por parte del accionante al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF Regional Cesar,

sin embargo, señala no es cierto que para la escogencia del operador del programa de primera infancia (PAE) se necesite realizar un proceso consultivo. La selección del operador del programa de primera infancia (PAE) se encuentra en cabeza del Instituto Colombiano y la contratación del operador logístico se encuentra regulada por el Estatuto General de la Contratación Pública – Ley 80 de 1993, y cuya posibilidad de celebración se encuentra consagrada en el numeral 9 del artículo 21 de la Ley 7 de 1979 y el Decreto 2388 de 1979, además conforme al memorando contratación del operador con radicado 20201240000100453 expedido por el ICBF, se aplica el enfoque diferencial ya que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar da prioridad que el operador sea ejecutado por las organizaciones étnicas, siempre y cuando acredite la capacidad de asumir la operación con los requisitos de idoneidad establecidos en el estatuto de contratación.

Dice que no hay afectación directa por tratarse de un procedimiento reglado y definido por la ley. La contratación del programa de promoción y prevención para la protección integral de niños, niñas y adolescentes “GENERACIONES ÉTNICAS CON BIENESTAR” se rige por el Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993, no procede la consulta previa y el enfoque diferencial porque se da aplicación al principio del interés superior del niño y el carácter prevalente, dado que brindan pautas para ajustar una política pública, garantizar su efectividad y como mecanismo de inclusión social; con el fin de prevenir violaciones a sus derechos y realizar un debido restablecimiento de derechos cuando estos han sido violados.

Que existe falta de legitimación por activa para reclamar la protección del derecho a la consulta previa, toda vez que la accionante HIDALMIS BEATRIZ ROMERO ORTIZ, no ha demostrado representación alguna o que tenga legitimidad para actuar en nombre de su comunidad, siendo improcedente la acción de tutela, ya que cumplida la búsqueda en la base de datos de la Dirección de Comunidades Negras se constató que, en el Municipio de La Jagua de Ibirico ni en el Departamento del Cesar, no está registrada la “ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR “ASAFRORAPA”, máxime que la accionante no ha demostrado sumariamente afectación alguna ni ha hecho referencia a que la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior haya vulnerado algún derecho fundamental a la consulta previa, máxime, que no evidenció que a la fecha se haya solicitado consulta previa por parte del ICBF. No es procedente imputar a la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior la vulneración de los derechos invocados por la accionante, puesto que la solicitud la

encamina a: 1) Suspender un acto administrativo. 2) Realizar una consulta previa inviable de dos programas que se ejecutan con un operador logístico cuya contratación y/o escogencia está establecida en la ley de contratación estatal.

De otro lado alega temeridad, por cuanto existen 4 acciones de tutela iguales interpuestas por el mismo abogado, los encabezados de página siempre llevan el nombre de JOSÉ RAFAEL MANJARRÉZ MENDIZA, misma enumeración de página, mismo diseño, los accionados son las mismas entidades gubernamentales, las pretensiones y hechos son idénticos y tienen el mismo correo electrónico de notificación.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO, REGIONAL CESAR, sostiene, que no ha incurrido en ninguna acción u omisión que permita endilgar la vulneración o riesgo de los derechos fundamentales de la accionante y mucho menos, de los invocados. Solicita excluirlo de cualquier responsabilidad que se llegare a atribuir como consecuencia de la misma, dado que sus funciones están claramente establecidas en el artículo 283 de la Constitución Política y Ley 24 de 1992, donde disponen la organización y funcionamiento interno de esa institución, para garantizar a través de los diferentes servicios, el acceso a los derechos de todos los habitantes del territorio nacional. En este orden, sus actuaciones están encaminadas a la promoción, divulgación y protección de los derechos humanos. Que revisado el Sistema de Registro Único de Peticiones – RUP - Visión Web, se evidencia que la señora HIDALMIS BEATRIZ ROMERO ORTIZ, quien actúa como representante legal de la ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR “ASAFRORAPA”, no ha solicitado los servicios de esa entidad, para adelantar algún trámite, solicitud, coadyuvancia o acompañamiento, por los hechos que afirma es víctima.

MINISTERIO DE LA CULTURA, señala, que dentro de sus competencias y atribuciones no están las referidas al objeto de la solicitud de amparo constitucional, tampoco la entidad principal accionada tiene algún tipo de nexo administrativo de dependencia con el ministerio, además no ha recibido petición alguna de la accionante y por lo tanto no existe acción u omisión sobre tal particular que pueda considerarse como vulneradora de los derechos fundamentales pretensores de protección. Solicita su desvinculación, ya que no posee competencia para intervenir en la contratación del ICBF, ni en el trámite de convocatoria y de consultas previas, que corresponden a otras autoridades.

GOBERNACIÓN DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR, expresó, que no está legitimado para resolver las pretensiones de la accionante, y solicita su desvinculación ante la carencia de competencia legal, toda vez que en principio la citada obligación recaería en cabeza de los accionados. El Departamento del Cesar no ha transgredido ni tendría un vínculo directo o relación entre la accionante y los hechos narrados en el escrito tutelar.

Hace consideraciones sobre consulta previa, precisando definición por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental (Sent. T-660, 2015) de las comunidades étnicas, estrechamente relacionado con el principio democrático, el derecho a la participación, el pluralismo y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, tiene como propósito proteger la participación de los Grupos Étnicos Nacionales (Directiva Presidencial 01 de 2010), conformados por los pueblos indígenas, comunidades negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y pueblo Rom, salvaguardando dentro de estas comunidades a las personas, instituciones, bienes, valores y prácticas sociales, culturales, religiosas, espirituales e institucionales. Agrega, que con los pronunciamientos de la Corte Constitucional la obligación de consulta no puede interpretarse con el alcance de que toda regulación del Estado, en cuanto sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con esas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, ya que tal deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio 169, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades (sent. C-030, 2008).

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, expone que la educación constituye un pilar fundamental para el etnodesarrollo y pervivencia de la cultura en los pueblos de minoría étnica, respeto por sus sitios sagrados, su religión, sus creencias, lenguas, idiomas, rituales, espiritualidad que permita su formación integral, garantizando, de tal suerte, la armonía y el equilibrio entre la vida comunitaria y el territorio, amén de los derechos fundamentales a la autonomía y autodeterminación, igualmente reconocidos en los artículos 7 y 8 constitucional, en las Leyes 91 de 1991 y 70 de 1993, así como la importancia en la concreción y efectividad de derechos de rango constitucional como es la primacía de los derechos del menor consagrado en el artículo 44 Superior y para el caso de las comunidades étnicas, con aplicación del enfoque diferencial étnico.

Que la Consulta Previa es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y demás pueblos de minoría étnica, cuando se toman medidas

(legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación. Su fundamento está en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Que por las pretensiones esbozadas en la acción de tutela y el marco de competencia de esa entidad, debe declararse la falta de legitimación en la causa de la Procuraduría General de la Nación, y aclarar, no ha adelantado actuación alguna en detrimento de los intereses de la accionante. Solicita su desvincular del presente trámite a la entidad.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, informa que realiza acciones que se orientan al desarrollo equitativo de las capacidades y oportunidades educativas a nivel Nación, sin perder de vista lo regulado en cuanto la autonomía universitaria que manejan las instituciones de educación superior, competencias u objetivos que bajo ningún aspecto contemplan una vulneración a los derechos fundamentales por parte de esa cartera ministerial, dado que no posee competencia para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones de la acción de tutela, como se desprende de su contenido el cual no tiene relación con las funciones asignadas a ese ministerio por el Decreto 5012 de 2009, por ello no existe mérito para que tenga la condición de accionado o vinculado en la presente acción por carecer de legitimación en la causa por pasiva. Solicita su desvinculación del presente trámite constitucional.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Nacional instituyó la Acción de Tutela como un mecanismo ágil y eficaz con el que cuentan las personas para obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de alguna autoridad pública o de un particular, siempre y cuando no se cuente con otro mecanismo de defensa judicial, o que de existir aquél, se trate de evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual la protección opera de manera transitoria.

LEGITIMACIÓN.

La legitimación por activa se encuentra satisfecha, toda vez que se trata de persona mayor que actúa como representante legal de la ASOCIACIÓN DE

AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR -ASAFRORAPA”, quien considera vulnerado el derecho fundamental esgrimido, legitimación acreditada con certificado de existencia y representación legal expedido el 17 de diciembre de 2019, (fls. 27 a 30) en el que figura como presidente la señora HIDALMIS BEATRÍZ ROMERO ORTÍZ, y por pasiva, las entidades demandadas directamente involucradas con la petición incoada por la actora. Siendo así las cosas, el despacho no comparte lo esbozado por el Ministerio del Interior, respecto de la falta de legitimación de la accionante, máxime que la inscripción de la matrícula mercantil fue renovada el 13 de diciembre de 2019.

PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si existió, como lo asegura la accionante, vulneración por parte del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR a los derechos fundamentales a la consulta previa y concertación, autonomía y autogobierno, educación con enfoque étnico y diferencial, a la escogencia del operador, al no realizar consulta previa para adoptar y ejecutar el programa Generaciones con Bienestar en favor de los niños, niñas y adolescentes de su territorio.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

La Corte Constitucional mediante sentencia SU-123 de 2018 unifica la jurisprudencia en torno al derecho a la consulta previa.

Inicialmente reitera que la acción de tutela es el único mecanismo judicial eficaz para garantizar la protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas sean consultados porque las acciones contenciosas, nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, carecen de idoneidad para proteger el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales.

Del requisito de la subsidiariedad en la acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-667 de 2017, dijo:

“Básicamente, los conflictos que surjan en relación con este derecho por: (i) su carácter fundamental, derivado de la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, vía bloque de constitucionalidad y, (ii) la ausencia de regulación legislativa o reglamentaria sobre los mecanismos judiciales ordinarios dispuestos en el ordenamiento jurídico para su protección, deben ser resueltos por el juez de tutela.”

“5. Naturaleza y fundamento normativo del Derecho Fundamental a la Consulta Previa

5.1. El derecho fundamental a la consulta previa se funda en la defensa de los pueblos indígenas y tribales y en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido. Establece un modelo de gobernanza, en el que la participación es un presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades,

como ocurre con la integridad cultural, la libre determinación, el territorio y el uso de los recursos naturales etc., por lo cual tiene un carácter irrenunciable e implica obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Este derecho implica que las comunidades indígenas y tribales deban ser consultadas sobre cualquier decisión que las afecte directamente, de manera que puedan manifestar su opinión sobre la forma y las razones en las que se cimienta o en las que se fundó una determinada medida, pues esta incide o incidirá claramente en sus vidas.

5.2. La consulta previa se desprende de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (C.P. art. 1), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (C.P. arts. 7 y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales. Además la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales.

5.4. Además, el derecho a la consulta previa se incorpora vía bloque de constitucionalidad¹, a través de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo² –en adelante Convenio 169 OIT–, el Pacto Internacional sobre los Derechos, Civiles y Políticos –en adelante PIDCP–...

5.5. (...)

6.2. Entre otras, en las sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.)³. Así mismo se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva⁴ de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

6.3. La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión⁵ sino que opera un intercambio de

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003. Respecto a este Convenio y el bloque de constitucionalidad, ha reiterado la Corte Constitucional: “el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales”

² Aprobado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Tal instrumento define a los pueblos étnicos y tribales, sus derechos, las hipótesis de concertación y las obligaciones del Estado, como aspectos más relevantes.

³ Véase, además, la Observación 2010/81 sobre el Convenio 169 de la OIT

⁴ Este aspecto fue abordado, entre otras, en Sentencias SU-039 de 1997, Sentencia T-376 de 2012 y T-550 de 2015. Así mismo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam del 28 de noviembre de 2007, párr. 140; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Sentencia (fondo y reparaciones) del 27 de junio de 2012 Párr. 163 y 179; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. Sentencia de 08 de octubre de 2015 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párr. 160 – 162 y 216; y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015 Fondo, Reparaciones y Costas. Párr.181 y 204

⁵ Véase sentencia T-704 de 2016. Fundamento 2.30.

razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70)...
(Subrayas fuera de texto)

PROGRAMA DE GENERACIONES ÉTNICAS CON BIENESTAR.

Es un programa para la promoción y prevención para la protección integral de niños, niñas y adolescentes que busca promover la protección integral y proyectos de vida de los niños, las niñas y los adolescentes, a partir de su empoderamiento como sujetos de derechos y del fortalecimiento de la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado, propiciando la consolidación de entornos protectores para los niños, niñas y adolescentes. Su población objeto, son: 1) niños y niñas de los 6 a los 11 años 11 meses y adolescentes de los 12 a los 17 años 11 meses, distribuidos en grupos de 25 beneficiarios, atendidos por un promotor de derechos que tiene a su cargo 4 grupos de igual número de participantes.

Para “Generaciones Étnicas con Bienestar” se deben realizar 3 encuentros vivenciales por grupo a la semana, de mínimo dos 2 horas cada uno, para un total de 12 encuentros vivenciales por grupo al mes. Sin embargo, teniendo en cuenta la dispersión de la comunidad y las distancias a recorrer los niños, niñas y adolescentes para recibir la atención del programa se dan modificaciones en el número de encuentros vivenciales y las horas de cada uno, procurando el cumplimiento de las 24 horas de atención que deben recibir los beneficiarios mensualmente.

CASO CONCRETO

La accionante HIDALMIS BEATRÍZ ROMERO ORTÍZ, representante legal del representante legal de “ASAFRORAPA”, acciona en tutela contra INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF , INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, REGIONAL CESAR, MINISTERIO DEL INTERIOR –DIRECCIÓN DE ASUNTOS PARA COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANA, RAIZALES Y PALENQUERAS-, MINISTERIO DE CULTURA, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa y concertación, autonomía y autogobierno, educación con enfoque étnico y diferencial, a la escogencia del operador, toda vez que ICBF selecciona operadores privados que desconocen su cultura afro y vinculan personal que no pertenece a las comunidades afrodescendientes, afectando así el principio de autonomía y autogobierno, su cultura, tradiciones e idiosincracia, lengua, valores, nutrición tradicional, porque los operadores no conocen el territorio y no implementan en la educación de los niños un enfoque étnico diferencial (Etnoeducación).

Por su parte ICBF, sostiene, que cumple con su deber de dar aplicación a los mecanismos de concertación que aseguren el diálogo entre las comunidades accionantes y respeten su derecho fundamental a la consulta previa. Que está obligado a realizar consulta previa, únicamente en los procesos en los que un niño, niña o adolescente será declarado en adoptabilidad; pero en sus programas y servicios con el fin de aplicar el enfoque diferencial promueve la concertación con las comunidades beneficiarias de manera directa asegurando un diálogo que respete el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades accionantes, y que la educación que se brinde este acorde y mantenga las tradiciones y costumbres de tales grupos minoritarios, lo que no implica en modo alguno la obligación de contratar los docentes o programas de educación con la comunidad misma. Pero sí, que los educadores vinculados conozcan las tradiciones; costumbres y se encuentren capacitados para educar a los niños con respeto y fomento a su cosmovisión y tradiciones particulares para de esta forma poder lograr que esos programas reflejen un enfoque diferencial. Lo anterior sin afectar los derechos de aquellos niños y niñas que no se reconocen como miembros de comunidades étnicas que habitan en la región. Permitir la escogencia directa del operador por parte de la comunidad, se estarían exponiendo a la prestación de un servicio sin el lleno de los requisitos legales, financieros y técnicos. Además, priorizó la atención de las comunidades atendidas en la vigencia 2019 que cumplían estos requisitos para dar continuidad al fortalecimiento de la identidad cultural como factor de protección integral y garantía de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Que en cumplimiento del memorando 202012400000100453 radicado el 14 de julio de 2020 de las Direcciones de Infancia; Adolescencia y Juventud, el cual brinda orientaciones para el trámite del proceso de contratación del programa, se hizo acercamiento con las comunidades priorizadas vía correo electrónico para socializar el programa Generaciones Étnicas con Bienestar y consultar su disposición de aceptarlo nuevamente; así como para poner en conocimiento los criterios de idoneidad establecidos para ser operador de la modalidad, considerando que el ICBF prioriza a las organizaciones étnicas para ejecutar el programa en sus territorios siempre que cumplan con los criterios jurídicos, financieros y técnicos y precisa. Sin embargo, la actora en representación del Consejo Comunitario ni siquiera ha solicitado concertación o reclamación administrativa previa, tampoco acreditó la existencia de un perjuicio fundamental irremediable.

MINISTERIO DEL INTERIOR, aseveró que no tuvo conocimiento de los requerimientos realizados por parte del accionante al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF Regional Cesar, señala que no es cierto que para la

escogencia del operador del programa de primera infancia (PAE) se necesite realizar un proceso consultivo toda vez que la selección del operador del programa de primera infancia (PAE) se encuentra en cabeza del Instituto Colombiano y la contratación del operador logístico regulada por el Estatuto General de la Contratación Pública – Ley 80 de 1993, al que se aplica el enfoque diferencial ya que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar da prioridad que el operador sea ejecutado por las organizaciones étnicas, siempre y cuando acredite la capacidad de asumir la operación con los requisitos de idoneidad establecidos en el estatuto de contratación.

En el caso en estudio, de las pruebas se advierte, la inexistencia de solicitud de concertación o reclamación administrativa previa echada de menos por ICBF REGIONAL CESAR, aunque esta entidad tampoco acredita haber remitido el correo electrónico que afirma lo hizo para realizar acercamiento con las comunidades priorizadas y socializar el programa Generaciones Étnicas con Bienestar y consultar su disposición de aceptarlo nuevamente; así como para poner en conocimiento los criterios de idoneidad establecidos para ser operador de la modalidad y ejecutar el programa, ni que haya hecho concertación alguna con la comunidad accionante que pueda asimilarse al proceso de consulta previa; asimismo no aporta pruebas del avance de la concertación, constancias, comunicaciones, notificaciones o acta de reunión, aún virtual, debido a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional por el Covid-19.

Entretanto, la accionante no precisa la afectación de los derechos fundamentales invocados, no establece por qué el operador privado implementa la educación con enfoque étnico y diferencial, de manera que no desconozca su cultura, tradiciones, idiosincrasia, lengua, valores, nutrición tradicional, ni acredita haber participado en la convocatoria para ejecutar el programa y cumplir los requisitos tanto jurídicos como técnicos y financieros; porque no puede soslayarse que la jurisprudencia constitucional ha insistido en señalar que en el proceso de consulta previa la participación de la comunidad debe ser real, activa y efectiva, y que se establezcan espacios de discusión, por cuanto se trata de garantizar la continuidad de las tradiciones del pueblo minoritario a través de sus niños.

En sentencia T-667 de 2017, la Corte, expuso:

“Jurisprudencia constitucional temprana sobre la materia ha establecido que las simples reuniones, informaciones o notificaciones que se les ofrecen a las comunidades étnicas sobre un proyecto, programa u obra no tienen valor jurídico en la medida que es necesario cumplir con las finalidades del proceso consultivo y prever todas las afectaciones en la identidad del pueblo minoritario de tipo étnico, cultural, social y económico.

Además, en la consulta previa se deben presentar fórmulas que permitan llegar a acuerdos con la comunidad y, finalmente, ésta debe manifestar su conformidad con el proyecto...

Asimismo, el trámite de “concertación” adelantado no puede ser asimilado o equiparado a un proceso de consulta previa, el cual se caracteriza por la superación de diversas etapas o fases hasta llegar al cierre de la consulta previa, una vez cumplido lo acordado.

*Sea la oportunidad para reiterar que el proceso de consulta previa cuenta con unas etapas que han sido desconocidas en su mayoría en este caso por parte de las autoridades accionadas. En efecto, la Sentencia **T-002 de 2017**, pronunciada por esta misma Sala de Revisión, determinó que la consulta previa implica el cumplimiento de las siguientes seis fases: (i) certificación sobre la presencia de las comunidades étnicas; (ii) apertura del proceso y convocatoria; (iii) pre-consulta; (iv) consulta previa y protocolización; (v) seguimiento al cumplimiento y (vi) cierre del proceso de consulta previa.”*

En la precitada sentencia, se estudia un caso similar al que nos concita, y en la misma se hace remisión a la T-201 de 2017, exponiendo que los programas de primera infancia si inciden directamente en las comunidades étnicas y tribales. Así lo sostuvo:

“La Corte Constitucional ya ha definido la incidencia directa de este programa de primera infancia que adelanta el ICBF en las comunidades étnicas y tribales protegidas por el Convenio 169 de la OIT⁶, “...La alimentación, educación, especialmente de menores de edad, son, por definición, elementos constitutivos de la cultura de un grupo humano. En el caso de las comunidades étnicas, se encuentra ligada a elementos de su identidad tan relevantes como la formación de sus niños que, en últimas, serán quienes mantendrán incólumes sus tradiciones. La relación entre la formación educativa, alimentaria, y otras, tienen una gran importancia no sólo en la construcción de una cultura diferenciada, sino también en el diálogo con la sociedad mayoritaria”⁷.

*Además, en reciente pronunciamiento, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional estableció mediante **Sentencia T-201 de 2017** que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho fundamental a la consulta previa del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio Cesar Altamar Muñoz” al adoptar y ejecutar los programas de primera infancia desarrollados por esa institución, especialmente respecto de aquellas medidas que se refieren a la alimentación y educación de los menores de edad, sin la participación de las comunidades afectadas:*

“...esta clase de políticas afectan directamente al pueblo accionante, primero, por su naturaleza cultural; y segundo, por el impacto sobre el ejercicio de su autonomía, como se explicará a fondo en los párrafos sucesivos. La autoridad accionada vulneró el derecho fundamental a la consulta previa al no concertar con las comunidades aquellas precisas medidas que tienen incidencia sobre la cultura y tradición del Consejo Comunitario de Negritudes “Julio César Altamar Muñoz”.

En cuanto a la pretensión de la accionante de ordenar la escogencia del operador del programa Generaciones con Bienestar con sus consejos

⁶ El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, aplicable vía bloque de constitucionalidad, es claro en establecer el deber de consulta y participación al pueblo interesado cuando alguna medida administrativa o política pública, como esta, sea susceptible de afectación directa.

⁷ T-201 de 2017.

comunitarios y organizaciones de base, se reitera lo expuesto por la Corte Constitucional, cuando indica, que la consulta previa es un espacio de diálogo intercultural y no un instrumento para que las comunidades étnicas exijan o veten la elección del operador en la contratación administrativa del ICBF, no aplica la necesidad de contratar personal perteneciente a la comunidad tribal para ejecutar el programa por éstos, conocer su cultura, ello no implica que el indicado por la comunidad tribal sea el más calificado, porque diversidad de operadores pueden garantizar el cumplimiento del contrato y el enfoque identitario exigido.

“Así, en la Sentencia T-466 de 2016 la Sala Tercera de Revisión hizo la siguiente claridad ante la exigencia de que los prestadores de salud sean de la misma comunidad Wayúu:

“...lo importante en la atención de las necesidades de alimentación y salud de los menores de edad Wayúu es la realización del interés superior del menor de edad, 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 la comunidad, sin que ello obligue a que sean estas las encargadas directas del servicio. Se reitera que lo más importante en este escenario es que se asegure el cumplimiento eficiente las metas de los planes, programas, proyectos, y estrategias, lo que obliga a la selección del contratista más calificado para la provisión de los servicios, sin que sea un factor decisivo su origen étnico, por lo cual, las políticas que se implementen de forma inmediata deberán orientarse a que sea el ICBF o la autoridad del Estado competente, la que 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”.

Igualmente, sobre el particular, la Sentencia T-475 de 2016 consideró 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". (Subrayas fuera de texto).

Entonces, lo que avizora este despacho es que en el Programa de "Generaciones Étnicas con Bienestar", ICBF ha venido desconociendo la consulta previa aun cuando es susceptible de afectación directa en la comunidad accionante, según los precisos términos del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, porque no ha tomado las medidas apropiadas ni tampoco el Ministerio del Interior, tendientes a surtir un verdadero proceso de consulta previa que siga los derroteros fijados por la jurisprudencia constitucional, esto es, en establecer la mejor manera de armonizar el impacto de la política pública en educación y alimentación de la infancia frente a los intereses de los niños y niñas destinatarios del programa, reflejados en la preservación y prolongación de los valores culturales y étnicos de la comunidad accionante.

Siendo así las cosas, se amparará el derecho a la consulta previa de la ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR "ASAFRORAPA", en consecuencia, se ordenará al MINISTERIO DEL INTERIOR que junto con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y la ASOCIACIÓN accionante, que para las contrataciones posteriores adelante un proceso de consulta previa mediante un procedimiento que establezca el enfoque étnicamente diferenciado que deberá garantizar en la ejecución del Programa de "GENERACIONES ÉTNICAS CON BIENESTAR", con los niños pertenecientes al Departamento del Cesar, en materia de educación y alimentación, advirtiendo que los operadores respectivos serán escogidos por ICBF de acuerdo a los lineamientos legales existentes para tal efecto, sin que haya lugar a suspensión de contrato alguno que ya se haya celebrado para la ejecución del mencionado programa, garantizando la protección del principio del interés superior de los niños de esa comunidad.

En cuanto a la temeridad alegada por el Ministerio del Interior porque existen 4 acciones de tutela iguales, interpuestas por el mismo abogado, los encabezados de página siempre llevan el nombre de JOSÉ RAFAEL MANJARRÉZ MENDIZA, misma enumeración de página, similar diseño, los accionados son las mismas entidades gubernamentales, las pretensiones y hechos son idénticos y tienen el mismo correo electrónico de notificación, debe tenerse en cuenta el artículo 38 Decreto 2591 de 1991 donde se encuentra contenida, además de la jurisprudencia constitucional que ha reiterado:

“2.2.2. A partir de tal previsión normativa, la jurisprudencia constitucional ha considerado la procedencia de la temeridad en dos dimensiones: (i) cuando el accionante actúa de mala fe y (ii) cuando el demandante acude al recurso de amparo de manera desmedida, por los mismos hechos, sin esgrimir una justificación razonable que justifique dicho actuar. Ante tal circunstancia, la Corte concluyó que para rechazar la acción de amparo por temeridad, la decisión se debe fundar en el actuar doloso del peticionario, toda vez que esa es la única restricción legítima al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, el cual se ejerce a través de la acción de tutela” (Sentencia T-162 de 2018).

Sobre este tema, cabe precisar, que las acciones de tutela interpuestas referenciadas por el Ministerio del Interior, no son promovidas por las mismas partes accionantes, pese a tratarse de las mismas accionadas, pretensiones y derechos invocados; tampoco el hecho que el encabezado del memorial contenga los datos de un profesional del derecho, porque ello no lo convierte en el accionante, máxime, que quien suscribe la demanda es la persona que figura como representante legal de la comunidad, que inclusive, corresponde a municipio o corregimientos diferentes, evidenciándose que no se cumplen los elementos, que según la Corte Constitucional⁸, configuran la temeridad: *“(i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista.”*

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Valledupar, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho a la consulta previa invocado por la ASOCIACIÓN DE AFRODESCENDIENTES RAIZALES Y PALENQUEROS DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR “ASAFRORAPA”, a través de su presidenta HIDALMIS BEATRÍZ ROMERO ORTÍZ contra INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, REGIONAL CESAR, MINISTERIO DEL INTERIOR –DIRECCIÓN DE ASUNTOS PARA COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANA, RAIZALES Y PALENQUERAS.

⁸ Sentencia SU-168 de 2017. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha distinguido la improcedencia de la temeridad. La temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista²⁶.”

El último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia.”

SEGUNDO: ORDENAR al MINISTERIO DEL INTERIOR¹⁰ que junto con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y el CONSEJO COMUNITARIO accionante, que para las contrataciones posteriores adelante un proceso de consulta previa mediante un procedimiento que establezca el enfoque étnicamente diferenciado que deberá garantizar en la ejecución del Programa de Generaciones Étnicas con Bienestar, respecto de los niños pertenecientes a la pertenecientes al departamento del Cesar, en materia de educación y alimentación, advirtiendo que los operadores respectivos serán escogidos por ICBF de acuerdo a los lineamientos legales existentes para tal efecto, sin que haya lugar a suspensión de contrato alguno que se encuentre celebrado para la ejecución del mencionado programa, garantizando la protección del principio del interés superior de los niños de esa comunidad.

TERCERO: SOLICITAR a DEFENSORÍA DEL PUEBLO y a PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN que, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, brinden apoyo, vigilancia y acompañamiento al proceso de consulta previa dispuesto en este fallo, para garantizar de manera efectiva el derecho fundamental aquí protegido.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente fallo.

Notifíquese y cúmplase

A.A.C.

Firmado Por:

Roberto Arevalo Carrascal

JUEZ

JUZGADO 003 DE CIRCUITO FAMILIA DE LA CIUDAD DE VALLEDUPAR-CESAR

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

59f3f527fe3984402fe03ae20a5450a4e90b17256036f58076e8d0fb63673cac

Documento generado en 04/09/2020 03:37:08 p.m.