



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN: TUTELA –IMPUGNACIÓN SENTENCIA
ACCIONANTE: HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO
ACCIONADO: DEPARTAMENTO DEL CESAR Y OTROS
RADICADO: 20-001-33-33-007-2020-00030-01
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la Dirección Técnica del Ministerio del Interior, contra el fallo de tutela de fecha 10 de febrero de 2020¹, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante el cual se tuteló el derecho fundamental a la consulta previa, invocado por el accionante HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO.

II.- ANTECEDENTES

2.1.- HECHOS:

El señor HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO, en su condición de accionante y representante legal del Consejo Comunitario Caño Candela, ubicado en jurisdicción del Municipio de Becerril – Cesar, manifestó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), estaba desarrollando en los territorios de comunidades negras, con operadores privados que desconocían la cultura afro, los programas de primera infancia sin la debida consulta previa, tal y como lo establecía el Convenio 169 de la OIT, y la Ley 70 de 1993.

Precisó que para el desarrollo de la actividad antes reseñada, el ICBF había vinculado a personal docente, nutricionistas, enfermeros, entre otros, que no pertenecían a las comunidades afrodescendientes, cercenando de tal manera los principios de autonomía y autogobierno, así como a sus culturas e idiosincrasias.

Adujo que en virtud de lo anterior, acudió a la Regional del ICBF en el Departamento del Cesar, a fin de que se implementara el enfoque étnico diferencial de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 2000 del 2 de abril de 2014, expedida por el ICBF, y que en consecuencia se concertara con los Consejos Comunitarios la aplicación del programa de primera infancia, permitiéndoles en virtud del principio de autonomía y autogobierno, la escogencia del operador que llevaría a cabo la ejecución de dicho programa.

No obstante lo anterior, el ICBF se negó a reconocerles su derecho fundamental a la consulta previa.

Argumentó que de conformidad con el Manual de Contratación M1.MPA1.P6 Versión 4, expedido por el ICBF el 17 de septiembre de 2015, se había

¹ Folios 56 a 63 del expediente.

establecido que la operación de los programas de primera infancia en la modalidad institucional, familiar, hogares tradicionales, y FAMI, debían ser concertados con los consejos comunitarios en los municipios con presencia de población afro, teniéndose en cuenta el respeto de los derechos fundamentales a la autonomía y participación durante el proceso de escogencia del operador en aquellos territorios, máxime cuando dichos programas se venían desarrollando con la población infantil en educación inicial de cero (0) a cinco (5) años, que ameritaba más el reforzamiento y salvaguarda de la cultura afro.

Afirmó que en la actualidad, el ICBF había incumplido con las órdenes establecidas, violando el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades negras en cabeza de los consejos comunitarios, abriendo el registro de oferentes discriminando el enfoque étnico diferencial, dejando a un lado la autonomía que les había sido otorgada en el Convenio 169 de la OIT, la Constitución Política, la Ley 70 de 1993, entre otras normativas.

Expuso que lo anterior, conducía a la iniciación por parte del ICBF del proceso de concertación y consulta previa con los consejos comunitarios, tal y como lo disponía la Corte Constitucional en la sentencia T-129 de 2011.

2.2.- PRETENSIONES.

Constituyó el objeto de la presente tutela, las pretensiones que a continuación se transcriben:

“Se nos amparen nuestros derechos Fundamentales de nuestros consejos comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras A LA CONSULTA PREVIA, A LA CONCERTACIÓN, A LA AUTONOMIA, A LA PARTICIPACIÓN, LIBRE DESARROLLO, A LA IDENTIDAD CULTURAL, A UNA EDUCACIÓN PERTINENTE y en consecuencia se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (...) que:

1.- Realice la CONCERTACION Y CONSULTA PREVIA con nuestros consejos comunitarios en los programas de PRIMERA INFANCIA DEL ICBF en nuestros territorios.

2.- Se ordene como medida cautelar al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR NACIONAL Y REGIONAL CESAR abstenerse de celebrar cualquier contratación en estos municipios AFRO hasta no se CONCIERTE con nuestros consejos comunitarios la escogencia del operador y los contenidos de los programas. -

3.- Se eleve consulta de manera preferente al MINISTERIO DEL INTERIOR sobre este proceso y a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DELEGADA PARA ASUNTOS ÉTNICOS Y PARA LA PRIMERA INFANCIA.- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DELEGADA PARA ASUNTOS ÉTNICOS.- MINISTERIO DE CULTURA”. (SIC).

2.3.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La presente acción de amparo fue fundamentada en el artículo y 86 de la Constitución Política, en el Convenio 169 de la OIT, y en la Ley 70 de 1993.

2.4.- CONTESTACIÓN DE LA TUTELA.

Atendiendo a que de conformidad con lo advertido en el auto admisorio de la presente tutela², se tuvieron como entidades accionadas al Departamento del Cesar, al Municipio de Valledupar, al Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, al Ministerio de Cultura, y al ICBF, fueron allegados los escritos de contestación de la acción de amparo, en la forma que a continuación se indica:

✓ ICBF.

En escrito del 31 de enero de 2020³, el Director Regional Cesar del ICBF, petitionó la declaratoria de improcedencia de las pretensiones del tutelante, aduciendo que el amparo invocado no cumplía con los presupuestos de subsidiariedad, por cuanto el mecanismo idóneo para rebatir el caso en cuestión eran los medios de control de nulidad y nulidad restablecimiento del derecho, sumado a que no se había hecho una solicitud de concertación o reclamación administrativa previa, ni tampoco se acreditaba la existencia de un perjuicio irremediable.

Adujo que de conformidad con lo manifestado por el Ministerio del Interior, no era de carácter obligatorio la consulta previa en el marco de los programas de la atención a la primera infancia, inclinándose por recomendar la realización de concertaciones con la comunidad.

Refirió que el ICBF dentro de su misión de atención a la población vulnerable en los municipios del Departamento del Cesar, adelantaba una modalidad de desarrollo infantil en medio familiar, donde se atendían a niños de 0 a 5 años de edad, precisando que los beneficiarios respondían a todas las etnias asentadas en el departamento.

Alegó que el ICBF Nacional y la Dirección Regional Cesar, habían realizado el proceso de contratación de operadores para la prestación de servicios de atención integral a la primera infancia, no obstante, se impartieron orientaciones a tales operadores para que bajo la dirección del ICBF se surtieran los procesos de concertación necesarios para garantizar el derecho a la participación de las comunidades étnicas en el territorio, en razón a sus derechos de autonomía, autodeterminación y primacía de la cultura afro.

Aunado a lo anterior, manifestó que el proceso de concertación se centraba en el “por qué” y en el “cómo” de la prestación del servicio, y no en el “quién”. Por tal razón, la escogencia del operador era potestad de la Dirección Regional del ICBF, en cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales.

Manifestó que a juicio del ICBF, la consulta previa debía efectuarse obligatoriamente para poner a consideración de las negritudes de la región, el modelo de atención de primera infancia en la zona de la comunidad afro, sin que fuera el mecanismo para la escogencia del contratista que desarrollaría el programa, como lo pretendía el tutelante. Agregó que de accederse a la escogencia directa del operador por parte de la comunidad, se estaría exponiendo a la prestación de un servicio sin el lleno de los requisitos legales, financieros y técnicos.

² Folio 19 del expediente

³ Folios 27 a 37 del expediente

Indicó que el ICBF estaba obligado a realizar consulta previa, únicamente en aquellos procesos donde los niños o adolescentes serían declarados en adoptabilidad, pero que no obstante, en aras de aplicar el enfoque diferencial en sus programas y servicios, promovía la concertación con las comunidades beneficiarias de manera directa.

Precisó que en relación con la temática de la atención a la primera infancia, en el plan de desarrollo 2014-2018, las entidades del Estado participaron en la consulta previa con la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, con la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizadores Indígenas, y con la Comisión de Diálogo con el Pueblo Rom. Por lo que, en ese orden, consideró que ya el proceso consultivo de la atención a primera infancia se encontraba surtido, sin que tuviera sentido someter la prestación de servicios a los niños y niñas de dicho programa a la realización de consultas previas para la escogencia del operador que desarrollaría los programas de atención del ICBF.

Esgrimió que la escogencia del operador de los programas del ICBF en las comunidades étnicas, no tenía virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural, y por ende no resultaba procedente la realización de un proceso de consulta previa para dicha contratación, máxime cuando el prestador del servicio de atención debía ser el más capacitado, para lo cual era necesario que el mismo cumpliera con los requisitos impuestos por la ley. Añadiendo que si bien era cierto que las propias comunidades ofrecieran la prestación del servicio, era necesario que los consejos comunitarios cumplieran estrictamente con los requisitos legales y los pliegos de condiciones impuestos en el proceso de contratación, siendo al final el ICBF el competente para la escogencia del operador más calificado.

Precisó que en el caso bajo estudio el Consejo Comunitario Caño Candela no cumplía con dos requisitos mínimos para contratar, como lo eran la personería jurídica reconocida por el ICBF de conformidad con lo establecido en la Resolución 3899 de 2010, y la certificación expedida por el Ministerio del Interior donde se acreditara la inscripción en el registro único de consejo comunitario y organizaciones de comunidades negras afrocolombianas, raizal y palenqueras.

Finalmente, expuso que el ICBF tenía reglamentada la concertación con los consejos comunitarios afrocolombianos, pero que era necesario que los mismos realizaran la solicitud para la iniciación del trámite de la concertación, petición que en el presente caso se echaba de menos.

✓ MUNICIPIO DE BECERRIL – CESAR.

A folios 40 a 46 del expediente, se advierte que el ejecutivo municipal de Becerril en su calidad de vinculado a la presente tutela, manifestó no tener injerencia alguna en la contratación realizada por el ICBF relacionada con los programas de primera infancia desarrollados por tal entidad.

Argumentó que el ICBF desarrollaba los programas de fortalecimiento a la primera infancia, de conformidad con el manual de contratación regulado en la Resolución 2585 de 2016, teniendo como objetivo la protección al menor de edad, convirtiéndose en uno de los garantes fundamentales del derecho a la educación inicial.

En ese orden, consideró que a nivel municipal no existía ningún tipo de responsabilidad en temas de vinculaciones y contrataciones con el ICBF, por cuanto este era autónomo en la escogencia de su personal para la ejecución de sus programas.

✓ MINISTERIO DEL INTERIOR.

Vertido a folio 68 del expediente, se evidencia que a través del Director Técnico del Ministerio del Interior fue allegado escrito de contestación de la tutela, dentro del cual manifestó que la concertación o la consulta previa para los programas de primera infancia, no facultaban a la comunidad para establecer a quien se debía contratar.

Advirtió que en el caso bajo estudio, el tutelante pretendía una doble garantía de su derecho de participación, como lo era a través de la concertación y de la consulta previa, sin que lograra determinarse si era uno o ambos lo que estaba persiguiendo, aunado a la falta de claridad respecto a lo que si lo exigido le fuera consultado o concertado. Desconociendo que la consulta previa era un mecanismo de participación reforzado, sin que tuviera sentido realizar dos procesos de participación.

Esbozó que en los términos señalados por el tutelante, la escogencia del operador para el programa de primera infancia no podía suponer ninguna afectación directa, en tanto que se trataba de un procedimiento administrativo reglado y definido en la ley, el cual no suponía el quebrantamiento de la cohesión social, cultural y espiritual de comunidades étnicas.

Precisó que a la luz del Convenio 169 de la OIT, el bien jurídico tutelado era la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades. Añadiendo que la consulta previa no era un espacio para que las comunidades decidieran por la administración pública, como quiera que esa clase de procesos estaban regulados en la ley, sin que en la misma se estableciera la obligatoriedad de su realización para la selección de un operador para el programa de primera infancia.

Así las cosas, estimó improcedente la pretensión del accionante direccionada a la realización de la consulta previa para la escogencia del operador que desarrollaría el programa de primera infancia en el Consejo Comunitario Caño Candela, sin que con tal disposición se le estuviera coartando el derecho a las comunidades étnicas de presentarse en el proceso de selección.

Consideró que la consulta previa solo debía agotarse en aquellos eventos en que el proyecto, obra, o actividad, estuviera afectando directamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales, y no pretenderse la realización del procedimiento a cualquier proyecto sin antes valorarse los criterios fijados por la jurisprudencia para la determinación de su procedencia.

Por último, afirmó que el tutelante aducía una supuesta vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, sin lograr acreditar las supuestas afectaciones causadas a su juicio, máxime cuando esta va asociada a la posibilidad de que exista el rompimiento de la cohesión social del colectivo, situación que en manera alguna siquiera fue mencionado por el actor.

✓ DEPARTAMENTO DEL CESAR, MUNICIPIO DE VALLEDUPAR, MINISTERIO DE CULTURA.

No se evidencia en el expediente pronunciamiento alguno por parte de tales entidades.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia del 10 de febrero de 2020, tuteló el derecho fundamental a la consulta previa invocado por el señor HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO, fundándose en las apreciaciones que a continuación se transcriben:

“Como se expuso anteriormente, el Programa de Primera Infancia hace parte de aquellas políticas públicas que el ICBF realiza con los menores de edad a nivel nacional. En términos concretos, se trata de una política pública de atención especial en favor de la primera infancia, en conjunto con sus familias, que tiene varias modalidades. Su propósito es la “atención de niñas y niños de cero a seis años, de acuerdo con el marco general vigente del ICBF (...) y la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre”.

(...)

Es menester precisar, que el programa también incorpora medidas diferenciales. Una de ellas es el denominado enfoque étnico. Según el ICBF, se concibe como un método de análisis y actuación, que reconoce las inequidades, riesgos y vulnerabilidades y valora las capacidades y la diversidad de un determinado sujeto individual o colectivo, para incidir en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de la política pública, con miras a garantizar el goce efectivo de derechos.

(...)

Precisamente con respecto a esas medidas, el accionante aduce que están incidiendo sobre sus derechos. Indica que estos programas están afectando directamente su cosmovisión porque con estas aproximaciones a la comunidad, su cultura, especialmente en lo que concierne a los menores de edad, pueden mutar poniendo en riesgo la integridad de sus pueblos.

Ya la Corte Constitucional, resolvió un caso muy similar al caso concreto, en Sentencia T 201 de 2017, afirmando que esta clase de políticas si afectan directamente al pueblo accionante, primero por su naturaleza cultural; y segundo, por el impacto sobre el ejercicio de su autonomía y llegó a la conclusión que la autoridad accionada vulneró el derecho fundamental a la consulta previa al no concretar con las comunidades aquellas precisas medidas que tienen incidencia sobre la cultura y tradición de dicha comunidad. Se tomarán los mismos argumentos para desarrollar el presente caso, dado que los presupuestos son idénticos.

Entonces, en el marco de la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, aquellas medidas que se relacionen con la cultura de un pueblo étnicamente diferenciado, deben ser objeto de consulta previa. Además, existe una obligación para las autoridades, en el sentido de asegurar la participación de pueblos originarios y otros colectivos que defienden una diferencia cultural y étnica desde la concepción original de esta política pública.

(...)

En esa medida, el Programa de Infancia del ICBF, se dirige a fortalecer a los menores de edad, pero también, a los pueblos étnicos diferenciados. 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. (...).

(...)

Entonces, es claro que todo tipo de medidas que afecte directamente derechos étnicos, debe ser objeto del trámite consultivo. Mucho más si se trata de niños, sin embargo, para la Sala que estudió el caso de Eufrosina Miele contra el ICBF en la Sentencia T 201 de 2017, se debe consultar aquellas medidas específicas que tengan incidencia sobre los derechos de la comunidad. En particular, el enfoque diferencial de aquellos programas concretos que se efectúen sobre las comunidades étnicas.

(...)

Por todo lo anterior, este Juzgado tutelaré el derecho fundamental a la consulta previa solicitado por HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO, representante legal del Consejo Comunitario Caño Candela. Para ello, ordenará la consulta del plan étnicamente diferenciado contenido en el Programa de Primera Infancia, solo cuando aquellas medidas tengan la virtualidad de afectar directamente la comunidad accionante. Lo anterior, con el propósito de que el ICBF pueda concertar con dicha población cuales son las mejores alternativas, entendidas como respetuosas de su cultura, que afecten negativa o positivamente, los derechos de los menores de edad que sean parte de dicha comunidad". (SIC).

IV. IMPUGNACIÓN

A folios 75 a 79 del expediente, versa el escrito de impugnación allegado por la Dirección Técnica del Ministerio del Interior, contra la sentencia objeto de revisión en esta instancia judicial, reiterando sus argumentos expuestos en el escrito de contestación de la tutela, alegando la inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la consulta previa del programa de atención a la primera infancia, lo cual daba lugar a la revocatoria de la decisión que se censura.

V. CONSIDERACIONES

5.1.- COMPETENCIA.

Por disposición del artículo 86 de la Constitución Política, y de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación tiene competencia para conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta contra los fallos de tutela proferidos por los jueces administrativos de este distrito judicial.

Al respecto, señala el inciso segundo del artículo 32 ibídem que *“El Juez que conozca de la impugnación, estudiará el contenido de la misma cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo (...) si a su juicio el fallo carece de fundamento procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará...”*

5.2. GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

En la Constitución Política de 1991, el constituyente determinó que el Estado Colombiano debía organizarse conforme a los principios de un Estado Social de Derecho, siendo una de sus características fundamentales, aquella en la que las actuaciones y procedimientos regulados debían sujetarse a lo dispuesto en los postulados legales. Así, se consagran los principios y derechos constitucionales que irradian a todo el ordenamiento jurídico su espíritu garantista, buscando la protección y realización del individuo en el marco del Estado al que se asocia.

Así las cosas, el artículo 86 de la Constitución Política, crea la acción de tutela como un mecanismo especial que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de las demás personas particulares en los casos que determine la ley. Advirtiendo que dicha acción procede, sólo cuando el afectado no dispone de otro medio judicial de defensa, o que existiendo éste, no se configure en el mecanismo idóneo o eficaz para salvaguardar los derechos constitucionales violados o amenazados, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable.

De lo anteriormente expuesto, se denotan como características principales de la acción de tutela, las siguientes:

- Está instituida para la protección inmediata de derechos fundamentales.
- Subsidiariedad, por cuanto solo procede cuando el perjudicado no dispone de otro mecanismo de defensa judicial, o existiendo, no resulta idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales violados o amenazados.
- Inmediatez, porque se trata de un mecanismo jurídico de protección inmediata, procedente cuando se hace preciso disponer de la guarda efectiva, concreta y actual de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

En este sentido, la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez constitucional un análisis concreto de la situación particular del afectado, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente idóneo para proteger de manera integral sus derechos fundamentales, ya que, de determinarse que ello no es así, el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.

REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE.

Cuando se alega perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en general quien afirma una vulneración de sus derechos fundamentales con estas características debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones. La Corte Constitucional mediante sentencia T-956/2013, señaló los requisitos para la configuración de un perjuicio irremediable:

“En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo.”

5.3.- PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a la Sala determinar en segunda instancia, si la decisión proferida el 10 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante la cual se tuteló el derecho fundamental invocado por el accionante HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO, en su condición de representante legal del Consejo Comunitario Caño Candela del Corregimiento de la Guajirita en el Municipio de Becerril – Cesar, debe ser revocada, en tanto que se inadvierte la vulneración del derecho a la consulta previa, motivo de la presente tutela.

5.4.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

Frente al tema de la protección del derecho a la consulta previa, la Corte Constitucional en la sentencia T-201 de 2017, sostuvo:

“La Corte Constitucional, de manera constante, pacífica y uniforme, ha señalado que la acción de tutela es el mecanismo adecuado, en sí mismo, para solicitar la protección de los derechos étnicos. Por su condición de vulnerabilidad, respecto de esos sujetos, los mecanismos ordinarios de defensa se presumen ineficaces e inidóneos, convirtiendo la acción de tutela en el recurso judicial más apropiado para ventilar sus controversias; mucho más, tratándose del derecho fundamental a la consulta previa. Obligar a las comunidades tradicionalmente excluidas por la sociedad mayoritaria a acudir a instancias ordinarias

para defender sus derechos, es desnaturalizar la esencia misma del Estado pluralista y la cultura o cosmovisión de estos sujetos.

Ahora, en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades étnicas, como objeto del Convenio 169 de la OIT, señaló el alto Tribunal Constitucional en la citada jurisprudencia:

“El Convenio 169 de la OIT se enmarca en un contexto en el que los Estados se comprometen a garantizar la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan. En esa medida, si bien la participación de los pueblos es la piedra angular de ese instrumento internacional, no por ello es el fin último del Convenio. La participación se trata de un presupuesto y un mecanismo para salvaguardar la subsistencia, libre determinación, autonomía, y todos aquellos demás derechos que son reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

Así, desde el preámbulo, los Estados reconocen en el Convenio 169 “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven”. De la misma forma, aceptan que “que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.

El artículo 1º establece que “los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”. Igualmente, ordena promover la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, siempre que se respete su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones al igual que sus instituciones.

El artículo 4º dispone que deberán “adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”. El artículo 5º también señala que deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente, al igual que respetar la integridad de los valores y prácticas de los pueblos.

Más adelante, el artículo 7º indica que “los pueblos interesados deberán tener el derecho 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 la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, mientras que “en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos”.

Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT tiene un especial interés en garantizar que las decisiones que puedan afectar los derechos de grupos étnicos, les sean, cuando menos, consultadas. Se trata de la materialización de su derecho a la participación consagrado desde el preámbulo del Convenio 169 de la OIT y especificado en el artículo 6º de dicho tratado.

5.5.- CASO CONCRETO.

En el presente asunto, el accionante HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO en representación del Consejo Comunitario Caño Candela, interpuso acción de tutela contra el ICBF, el Departamento del Cesar; el Municipio de Valledupar, el Ministerio del Interior, y el Ministerio de Cultura, a fin de que le fuera amparado su derecho fundamental a la consulta previa, conculcado a su juicio ante el adelantamiento de los programas de primera infancia en los territorios de comunidades negras, sin la debida concertación y consulta previa, tal y como lo establecía el Convenio 169 de la OIT, y la Ley 70 de 1993.

Pretendiendo en consecuencia con la presente tutela, la abstención en la contratación en las comunidades afro, hasta tanto no se concerte con los consejos comunitarios la escogencia de los operadores que desarrollarían los programas de atención a la primera infancia.

5.6. ANÁLISIS DE LA SALA.

Examinada la presente tutela, aparece necesario a la Sala resaltar, que a pesar que dicho mecanismo sea de naturaleza subsidiaria, se vuelve procedente su utilización en el caso sometido a estudio, por cuanto se trata de la invocación de un derecho fundamental por parte de una comunidad étnica que se enmarca en la condición de especial protección constitucional.

Ahora bien, en el asunto que ocupa la atención de la Sala, se advierte que el señor HERMES LEONIDAS MOLINA OSORIO, en su calidad de representante legal del Consejo Comunitario Caño Candela ubicado en la jurisdicción del Municipio de Becerril – Cesar, manifiesta que el ICBF vulnera el derecho fundamental a la consulta previa y concertación, al desarrollar en los territorios de comunidades negras, el programa de primera infancia, con operadores que desconocían la cultura afro, contrariando las disposiciones establecidas en el Convenio 169 de la OIT; cercenando de contera los principios de autonomía y autogobierno, así como a sus culturas e idiosincrasias.

Analizada la exigencia del tutelante, en cuanto a que la escogencia de los operadores para el desarrollo del programa de la primera infancia, sean de su misma comunidad, alegando que los contratados por el ICBF desconocían las tradiciones y costumbres de la cultura afro, la Corte Constitucional en la sentencia T-466 de 2016, dispuso:

“Lo más importante 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”.

Vistas así las cosas, no advierte esta Colegiatura conculcación alguna respecto a la contratación de los operadores aducidos por el actor.

De otra parte, para la Sala resulta oportuno precisar, que de la revisión practicada al paginario, se advierte que el accionante acompaña al libelo de tutela, únicamente la certificación expedida por el Alcalde del Municipio de Becerril donde que da fe de su calidad de representante legal del Consejo Comunitario Caño Candela, sin que se acredite en la foliatura ningún material probatorio con el que demuestre el haberle requerido al ICBF la realización de la consulta previa y concertación perseguidas con la presente tutela, ante la presunta vulneración de sus derechos fundamentales devenidos del desarrollo del programa de primera infancia, en lo que respecta a la alimentación y educación de los niños pertenecientes a sus comunidades. O que realizada dicha consulta no se hubiera podido llegar a ningún acuerdo frente a la problemática planteada por el actor.

Lo anterior, conduce a colegir que el tutelante fundó en meras afirmaciones la conculcación del derecho fundamental a la consulta previa, dada la inexistencia de soporte jurídico alguno, situación que conllevaría a desestimar la transgresión alegada por el actor, por lo que será revocado el fallo impugnado que concedió la presente acción de tutela.

Finalmente, el Magistrado doctor ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA, a quien había correspondido por reparto el conocimiento de esta acción de tutela, manifiesta en escrito que antecede estar impedido para conocer de la misma, alegando estar incurso en la causal contenida en el numeral 1 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en la actualidad uno de sus hermanos se encuentra vinculado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en calidad de Coordinador Jurídico de dicha entidad.

Al respecto, se tiene que el numeral 1 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal⁴, consagra como causal de impedimento “1. Que el funcionario judicial, su cónyuge o compañero o compañera permanente, o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, tenga interés en la actuación procesal.”

⁴ Aplicable a las acciones de tutela, por remisión del artículo 39 del Decreto 2591 de 1991.

La Sala, con fundamento en la anterior disposición, aceptará el impedimento manifestado, toda vez que habría un interés en esta actuación procesal de parte del hermano del Magistrado doctor ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA, por el hecho de estar vinculado en calidad de Coordinador Jurídico al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que es una de las entidades accionadas en este asunto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar fundado el impedimento manifestado por el doctor ÓSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA. En consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo de tutela de fecha 10 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar. En su lugar, se dispone:

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la acción de tutela.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Cópiese, notifíquese a las partes o intervinientes por el medio más expedito y eficaz, personalmente, vía fax, por telegrama o correo electrónico y envíese copia de esta decisión al Juzgado de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 029.

Notifíquese y cúmplase.


JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA
Presidente


DORIS PINZÓN AMADOR
Magistrada


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
Magistrado