

**Respuesta a observación presentada por el Resguardo de la Media y Alta Guajira a través de correo electrónico [criwacapitulomaicao@gmail.com](mailto:criwacapitulomaicao@gmail.com) el 29 de enero a las 22:51 horas.**

Reciban un cordial saludo,

En atención a la observación allegada a través del correo BETTO Responde <Bettoresponde@icbf.gov.co> en la cual manifiesta que *“Rechazo a la asignación del contrato de la zona vía Riohacha Maicao desde el Kilómetro 72 al 40 – en el 2020 esta zona quedo en el contrato 169 Modalidad Propia Intercultural con el operador hombre de mi tierra dicha contratación fue directa, este territorio está dentro de las excepciones, el territorio es ancestral y la población es un 100% indígena”*, nos permitimos dar respuesta de la siguiente manera:

Sea lo primero señalar, de acuerdo a una de las manifestaciones que se evidencian en el contenido de su petición en las que se indica que *“desde el inicio de la modalidad escogimos de manera directa a los operadores y en el año 2020 a la asociación de hombre de mi tierra la cual pensábamos que iba a cumplir con las expectativas de un buen servicio, para con nuestro pueblo Wayuu, para la vigencia 2021 está bajo nuestra autonomía dentro nuestro territorio”*, es importante resaltar el desarrollo del marco jurídico del derecho a la consulta previa y las limitaciones jurisprudenciales sobre la selección del operador para la atención de una comunidad étnicamente diferenciada.

El artículo 2 de la Constitución Política establece como uno de los fines esenciales del Estado Colombiano, el *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”*; postulado constitucional que se entiende reforzado para el caso de las comunidades étnicas por el reconocimiento que la misma Carta hace a la diversidad étnica y cultural de la Nación<sup>1</sup>.

La consulta previa es un derecho fundamental reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>2</sup>, el cual fue aprobado e incluido en el ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 21 de 1991, norma que en su artículo 6 establece lo siguiente:

***“ARTICULO 6: 1. Al aplicar las normas del presente convenio, los gobiernos deberán:***

***a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.*** (Subrayado fuera del texto)

<sup>1</sup> El artículo 7 de la Constitución Política establece que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”, a su vez el párrafo del artículo 330 ibídem, consagra que “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

<sup>2</sup> Reunión 76ª, Ginebra 1989.

**Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**

Frente a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, sobre la necesidad de consulta de los pueblos interesados cuando existan medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 366 de 2011 precisó lo siguiente:

*“La identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto. Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico”.* (Negrilla fuera del texto)

En el mismo sentido, la Sentencia C-366 de 2011<sup>3</sup>, señala:

*“Es claro, por otra parte, que **lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades** (...) en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”.* (Negrilla y subrayas fuera del texto)

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>4</sup>, ha fijado parámetros respecto a los Derechos Fundamentales de las Comunidades Étnicas, entre los cuales se entiende incluida la *Consulta Previa*-, de la siguiente forma:

*“Aunque la Corte reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones. En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (...) Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación”*

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M.P. Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

<sup>4</sup> Ratificada por Colombia mediante la ley 16 de 1972.

**Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**

de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.<sup>5</sup>” (Subrayas fuera del texto)

**Así las cosas, la consulta previa es el derecho que le asiste a los grupos étnicos cuando el Estado adopta medidas legislativas o administrativas, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica, evitando así que se afecten los intereses de estas comunidades.**

Ya sobre la selección del operador, en su Sentencia T-466 de 2016, la Corte Constitucional analizó específicamente un caso de la población indígena Wayúu y fue determinante al sostener que la autonomía de los pueblos indígenas puede ser limitada cuando se tenga certeza de que existe una situación de vulneración de los derechos de los niños indígenas y que la intensidad de esta limitación puede ser mayor dependiendo del grado de afectación. En estos eventos no se requiere la concertación con las comunidades. Claro está, aclaró el alto Tribunal, existe la obligación de las autoridades del Estado de actuar de manera razonable y proporcional, afectando en la menor medida posible el derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

Así pues, en ese caso, en el que la comunidad indígena solicitaba que los prestadores del servicio pertenecieran a la comunidad, la Corte destacó que lo importante era la realización del interés superior del niño, el cual se garantizaba asegurando que el prestador fuera el más capacitado, “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” (Se subraya).

Partiendo de esta apreciación, la Corte Constitucional consideró que el ICBF o la autoridad del Estado competente, debe evaluar en cada caso si existe amenaza a la población infantil Wayúu y adoptar las medidas de protección necesarias teniendo en cuenta que *“los mecanismos propuestos por las autoridades estatales deberán tener un concepto de parte de las comunidades dentro del mes siguiente a la formulación de planes, programas, proyectos, y estrategias, y en caso de no llegarse a un acuerdo en este lapso, las respectivas autoridades, en coordinación con el ICBF, adoptarán las medidas que consideren razonables y proporcionadas, respetando que en la medida de lo posible, dichos planes, programas y proyectos sean compatibles con los usos costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas”*.

En este mismo sentido, el alto tribunal constitucional profirió la sentencia T-201 de 2017 en la cual reiteró que la escogencia del operador de los programas de atención del ICBF en las comunidades étnicas **no** tiene la virtualidad de configurar una afectación directa de la

<sup>5</sup> Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 75, párrs. 144-145 citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155. Cfr., también, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, supra nota 75, párr. 137.

**Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**

identidad cultural de las comunidades étnicas y, por ende, no resulta procedente realizar un proceso de consulta previa para realizar dicha contratación.

De igual forma, reconoció que el ICBF para el desarrollo de sus programas, específicamente del Programa de Atención a la Primera Infancia, *“cuenta con un plan étnicamente diferenciado que le permite aplicar dichos componentes especiales cuando se aproxima a la comunidad”*. Agregó que precisamente este *plan de enfoque diferencial* es el que debe ser objeto de concertación, pues es en este escenario *“donde las comunidades pueden expresar y opinar sobre las medidas que les van a afectar y cuáles son las opciones reales y definitivas para salvaguardar su cultura”*.

En este espacio de concertación se debe definir cuáles son las mejores alternativas, entendidas como respetuosas de su cultura, que se adoptarán en la implementación del Programa de Primera Infancia en esta comunidad étnica, específicamente, en aquellas medidas que involucran componentes de alimentación y de educación. Este proceso, además, **no puede ser indefinido**, pues en esta misma Sentencia, la Sala mencionó, - como quedó plasmado en la sentencia T-466 de 2016-, que, en caso de no lograrse un acuerdo dentro del mes siguiente a la formulación del plan, el ICBF estaba facultado para adoptar las medidas razonables, proporcionadas y respetuosas de los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

Finalmente, en la misma providencia la Corporación hizo énfasis en que en cada caso se debe analizar la situación fáctica y que cuando de los hechos se concluya que existe una situación extrema y urgente, el derecho de las comunidades a ser consultadas y a participar de las decisiones que los involucre puede ser flexibilizado en aras de proteger el interés superior del niño.

Por otra parte, resulta pertinente señalar que esta misma línea ha sido desarrollada por parte del Consejo de Estado que, en sede constitucional, frente a aquellas acciones de tutela cuyas pretensiones estaban dirigidas a que el ICBF adelante el proceso de consulta previa tendiente a la escogencia del operador, denegó el amparo solicitado por considerar que, si bien la Constitución Política reconoce el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas frente a las medidas que los involucren, este derecho no es absoluto y encuentra uno de sus límites en el interés superior del niño.

En sentencia del 02 de marzo de 2017<sup>6</sup> este alto tribunal a través de su Sección Segunda, consideró que *“la no escogencia del operador del programa de atención a la primera infancia, no genera per se afectación de la idiosincrasia de la comunidad afrodescendiente de los municipios de Valle de Cauca, puesto que cualquier operador que se designe puede respetar sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales, desde que se le brinden los parámetros y lineamientos pertinentes”*. De igual manera, recordó que la contratación estatal, cualquiera que sea su modalidad o su objetivo, debe supeditarse a las normas que la rigen, **por tanto, imponer un operador para que desarrolle los programas de primera infancia, exclusivamente en razón de su pertenencia a la comunidad, “podría dar pie**

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Expediente 2016-00053.

**Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**

***a la malversación de los recursos o desconocimiento de los parámetros técnicos y logísticos y la consecuente afectación del servicio prestado”.***

Siguiendo esta línea, la Sección Quinta del Consejo de Estado en pronunciamiento posterior<sup>7</sup>, fue enfática en determinar que la contratación de un operador no afecta la identidad cultural de la comunidad étnica y que el proceso de contratación debe cumplir con todos los parámetros establecidos por el legislador. Sin embargo, con el ánimo de amparar los derechos de las comunidades, ordenó al ICBF para casos futuros propiciar espacios de concertación en los que se fijen las condiciones de desarrollo de estos programas, los cuales no pueden ser indefinidos, porque *“Bajo ninguna circunstancia el trámite de la consulta previa puede entorpecer o limitar la prestación del servicio a favor de los niños, por lo que ante la falta de acuerdo entre las comunidades y el ICBF en un término prudencial, la entidad estará obligada a adoptar las medidas tendientes al desarrollo del programa”*.

En línea del precedente, a través de fallo del 27 de abril de 2017, el Consejo de Estado<sup>8</sup> recordó que *“la consulta previa encuentra un límite en el interés superior de los niños, por lo cual deben prevalecer los derechos de estos últimos cuando se presente algún tipo de tensión con el derecho a la concertación de los grupos étnicos”* y, sin desconocer el derecho de las comunidades étnicas de participar en las medidas que los involucren, también recordó el deber del ICBF de adelantar proceso de concertación con las comunidades étnicas en relación con los lineamientos mínimos para garantizar un enfoque diferencial, mas no en relación con la escogencia del operador, sin que esto signifique que estos espacios sean definitivos, pues realizó un llamado al ICBF para que en futuros casos agotara la consulta de los programas a implementar aclarando que *“si en un término prudencial de un mes no se logra llegar a una concertación, las autoridades podrán realizar la contratación, siempre y cuando tengan en cuenta el enfoque diferencial”*.

Con fundamento en estas consideraciones jurídicas, se puede afirmar que la selección y contratación de un determinado operador no es un aspecto que requiera de la consulta previa o la concertación con las comunidades, pues, según el dicho de la Corte Constitucional, este aspecto de la contratación no tiene la virtualidad de configurar una afectación directa de la identidad cultural de las comunidades étnicas; razonamiento que no fue rebatido, reformulado o derogado de manera alguna en el texto de la Sentencia T-302 de 2017.

Consecuente con lo anterior, es importante advertir que la herramienta tecnológica de inteligencia artificial creada por el ICBF, BETTO, (Bienestar, Eficiencia, Transparencia, Tecnología y Oportunidad), fue diseñada para facilitar los procesos de invitación, evaluación y selección de los operadores habilitados en el Banco Nacional de Oferentes para los servicios de educación inicial en el marco de la atención integral a cargo de la Dirección de Primera Infancia, esta herramienta es una solución tecnológica, de analítica avanzada y características

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 2016-00054.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Expediente 2016-00349.


**Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**

de algoritmos de inteligencia artificial y aprendizaje automático, que permiten realizar acciones basados en una serie de factores determinados por el ICBF, que para este caso son los criterios de verificación, selección y desempate en caso de requerirse, lo cual permite no solo la selección de los operadores con mayor calidad sino la prestación del mejor servicio para nuestros niños y niñas.

Por último, agradecemos la labor desempeñada en bienestar de las niñas, niños y mujeres gestantes perteneciente a los Servicios de Primera Infancia en el Departamento de la Guajira.

Cordialmente,

*ORIGINAL FIRMADO*  
**LILIANA PULIDO VILLAMIL**  
Subdirectora General  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**CLAUDIA ALEJANDRA GELVEZ**   
Directora de Primera Infancia  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**LUZ ADRIANA RÍOS GIRALDO**  
Subdirectora de Operaciones de la Atención  
a la Primera Infancia  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**ALVARO ANDRÉS RUEDA ZAPATA**  
Director de Información y Tecnología  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**HELEN ORTIZ CARVAJAL**  
Directora de Contratación  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**CAROLINA DEL PILAR TORRES**  
Contratista Subdirección General  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**CIELO ALEXANDRA VEGA NAVARRO**  
Contratista Dirección de Primera Infancia  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**VIVIANA GARCÍA PINZON**  
Contratista Dirección de Contratación  
ICBF

*ORIGINAL FIRMADO*  
**LUZ YADIRA VELOSA POVEDA**  
Contratista Dirección de Información y Tecnología  
ICBF

C.C. Yaneris Cotes – Directora Regional ICBF La Guajira

Revisó: Alejandro Bravo Aponte – Contratista Subdirección General ICBF

Luz Adriana Ríos – Subdirectora de Operación de la Atención a la Primera Infancia

Proyectó: Liseth Katherine Romero Villa – Contratista Subdirección de Operación de la Atención a la Primera Infancia

**Comunicación oficial revisada y aprobada por el remitente de la misma**