

Sentencia SU011/18

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Consejos comunitarios por participación determinante en concurso de méritos de etnoeducadores

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Procedencia excepcional

La Sala Plena encuentra que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que: (i) las acciones judiciales contempladas en el CPACA pueden dilatar aún más la elección de los etnoeducadores, debido a la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa y el término que contempla la legislación para resolver las pretensiones de nulidad simple y nulidad y restablecimiento de derecho; pero principalmente, los problemas planteados exceden los asuntos a resolver por estos medios de control, pues la controversia: (ii) involucra la negativa de otorgar un aval por parte de consejos comunitarios de comunidades étnicas, las cuales lo justifican en la violación del derecho a la consulta previa, luego es indudable que el problema también gira en torno al respeto de los derechos de participación y consulta previa en los asuntos que involucren a comunidades étnicas; (iii) abarca la garantía del derecho fundamental a una educación de calidad de los menores de edad que se encuentran en los centros educativos en los que no han podido posesionarse los demandantes; y (iv) la acción de tutela garantiza y protege el mérito, el derecho a la igualdad y a ocupar cargos públicos de los actores. Así, las acciones de tutela interpuestas por los demandantes son el mecanismo idóneo y eficiente para la protección de sus derechos fundamentales. Así pues, los casos abordan materias de indudable relevancia constitucional respecto a la efectividad de derechos fundamentales.

La carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e

imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público. De manera excepcional y transitoria, se pueden proveer cargos de carrera por encargo o en provisionalidad, mientras se proveen los cargos en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Los funcionarios que se encuentren en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral intermedia, pues no han superado el concurso de méritos, pero el acto administrativo que termina su vinculación debe estar motivado.

EDUCACION-Derecho fundamental y servicio público con función social

DERECHO A LA EDUCACION-Características y componentes/DERECHO A LA EDUCACION-Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad

Como derecho y como servicio público, la doctrina nacional e internacional han entendido que la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional: (i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental

CONSULTA PREVIA-Contenido y alcance

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Reglas jurisprudenciales

ETNOEDUCACION-Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales

CONCURSO DE MERITOS PARA EL ACCESO A LAS PLAZAS DOCENTES PROFESORALES EN COMUNIDADES Y PUEBLOS ETNICAMENTE DIFERENCIADOS-Necesidad de regulación integral

ETNOEDUCACION-Participación y consulta previa de las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados

La participación de los pueblos y la consulta previa son derechos que presentan notable complejidad, y que se materializan de diversas maneras. Por eso, como lo prevé el Convenio 169 de 1989 y lo ha expresado la Corte Constitucional, la participación debe darse a lo largo de todo el proceso destinado a la satisfacción del derecho a la etnoeducación. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que los aspectos estructurales de este sistema, incluido el método de selección e incorporación de etnoeducadores debe ser consultado previamente con las comunidades. Sin embargo, añade la Sala, además de la consulta de las leyes que definan en un plano general esos aspectos (general, en el sentido de cobijar a todos los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados) deben existir diversas instancias participativas en los demás momentos o instancias que deben agotarse, antes del nombramiento de etnodocentes.

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Etapas

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Reiteración de la sentencia T-292/17

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL EN CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Naturaleza y alcance jurídico

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-Instrumento a través del cual se le permite a cada comunidad afrocolombiana participar en el marco de un concurso de méritos de etnoeducadores

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-Concepto y alcance

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-Hace parte del concurso de méritos de etnoeducadores

CONSEJOS COMUNITARIOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Facultad para no otorgar aval de reconocimiento cultural no es absoluta

Los Consejos Comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales están facultados para intervenir decisivamente en la elección de los docentes que impartirán educación en sus territorios mediante el otorgamiento o no del aval de reconocimiento cultural solicitado, en la medida en que se trata de una decisión de la que depende la garantía efectiva del servicio público educativo con enfoque diferencial para los niños, niñas y adolescentes de la comunidad (artículos 44 y 67 superior). Sin embargo, tal atribución no es absoluta, pues la decisión de no reconocimiento debe ir acompañada de una debida fundamentación en la que, además de explicarle al elegible interesado las razones objetivas por las cuales no se hará acreedor del aval de reconocimiento cultural, se le informe de forma comprensible y adecuada tal determinación, pues solo de esta manera se protege la transparencia y publicidad de la decisión. Los motivos aducidos deben asociarse a la incapacidad, incompetencia e inhabilidad del docente, sea o no miembro de la comunidad, para impartir una educación especial en razón a su inexperiencia o impericia en el conocimiento de la historia, valores, tradiciones culturales, ancestrales, lingüísticas, artísticas, religiosas, sociales y políticas, usos, costumbres, formación, prácticas, creencias, conocimientos o cualquier otra manifestación cultural propia de la comunidad colectiva necesaria para preservar su identidad y fortalecer la educación en tales territorios. Con ello se asegura la efectiva prestación del servicio público que, se advierte, adquiere particular relevancia cuando sus destinatarios principales son menores de edad.

CONSEJOS COMUNITARIOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-No otorgamiento de aval de reconocimiento cultural debe obedecer a razones objetivas

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-No tiene la connotación de un veto

El aval no tiene la connotación de un veto, pues, de una parte, es imprescindible armonizar su alcance con el derecho de acceso a un cargo público de carrera cuando ha superado el

concurso y los principios de igualdad y mérito, propios de todo concurso público y que, en el ámbito educativo, se relacionan con el componente de calidad del derecho; y, de otra parte, el aval es un último escenario de diálogo intercultural, que presupone la existencia de una consulta previa en la que se ha definido el marco general dentro del que se desenvuelve el concurso.

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-Término para reconocerlo o negarlo

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Reglas que deben aplicarse respecto de la convocatoria No. 238 de 2012

EFFECTOS DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISION-Efectos inter partes y efectos inter comunis

Como lo ha dicho ampliamente la jurisprudencia de esta Corte, por regla general, los efectos de las decisiones que profiere este Tribunal en su labor de revisión de las sentencias de tutela son inter partes, es decir, solo afectan a las partes involucradas en el proceso. Sin embargo, también se ha admitido que el juez constitucional puede determinar los efectos de sus fallos, para garantizar la mejor protección de los derechos fundamentales y su plena garantía. En uso de esta facultad, esta Corte ha proferido diversas providencias de tutela, en las que ha definido un alcance mayor a los efectos inter partes en casos en que ha advertido que limitar su decisión a dichos efectos podría, por ejemplo, violar el derecho a la igualdad de quienes en circunstancias comunes no acudieron a la acción de tutela. A estos efectos se les ha denominado inter comunis (entre comunes).

EFFECTOS INTER COMUNIS-Se adoptan para proteger derechos de todos los afectados por la misma situación de hecho o de derecho en condiciones de igualdad

EFFECTOS INTER COMUNIS-Condiciones de procedencia

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Vulneración de los derechos al debido proceso y de acceso a cargos públicos por consejos comunitarios al no presentar razones por las cuales aspirantes no resultaban adecuados a un programa étnico diferenciado de su comunidad

ETNOEDUCACION-Exhortar al Congreso para que expida un ordenamiento jurídico con

fuerza de ley en el cual se regulen las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras

ETNOEDUCACION-Exhortar al Gobierno para que presente un proyecto al Congreso que regule las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y en sus territorios, previo cumplimiento de su consulta previa

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES Y AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL PARA MATERIALIZAR NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA-Efectos inter comunis para todos los aspirantes a etnoeducadores que participaron en convocatoria No. 238 de 2012

Referencia: Expedientes acumulados

(1) T-6.048.033 (Jofrey David Castañeda Tenorio contra la Gobernación de Nariño y la Secretaría de Educación Departamental de Nariño); (2) T-6.057.989 (Máxima Angulo Ruiz contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño con vinculación oficiosa en ambos asuntos del Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil y otros); (3) T-6.068.552 (Ruby Esnadit Florez Rivadeneira contra el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi”, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior); (4) T-6.217.796 (Jhon Erson Rodríguez Orobio contra el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga”, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y el Ministerio de Educación).

Procedencia: (1) Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto (2) Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco (3) Juzgado 5º de Familia del Circuito de Pasto, (4) Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Pasto.

Asunto: Concurso de méritos de etnoeducadores. Aval de reconocimiento cultural.

Magistradas Ponentes:

DIANA FAJARDO RIVERA Y

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. En el proceso de revisión de los fallos emitidos en primera o en segunda instancia, por los despachos judiciales que a continuación se mencionan:

(i) En primera instancia, por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, Nariño, el 25 de agosto de 2016 y en segunda instancia, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pasto, Nariño, el 14 de octubre de 2016, dentro del proceso de tutela iniciado por Jofrey David Castañeda Tenorio contra la Gobernación de Nariño y la Secretaría de Educación Departamental de Nariño (Expediente T-6048033).

(iii) En primera instancia, por el Juzgado 5 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño, el 1 de noviembre de 2016, dentro del proceso de tutela iniciado por Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira contra el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi”, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior (Expediente T-6.068.552).

(iv) En primera instancia, por el Juzgado 4 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño, el 6 de diciembre de 2016 y en segunda instancia por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, el 21 de febrero de 2017, dentro del proceso de tutela iniciado por Jhon Erson Rodríguez Orobio contra el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga”, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y el Ministerio de Educación Nacional (Expediente T-6.217.796).

2. Los asuntos de la referencia arribaron a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2) de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 30 de marzo de 2017, la Sala de Selección Número Tres de la Corte

Constitucional seleccionó los expedientes T-6.048.033 y T-6.057.989 y los asignó al despacho de la Magistrada Diana Fajardo Rivera para su sustanciación.

Igualmente, por medio de auto del 17 de abril de 2017, la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación escogió el expediente T-6.068.552 para su revisión y lo asignó al despacho de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado para su sustanciación. El 11 de julio de 2017, la Sala de Selección Número Siete seleccionó para revisión el expediente T-6.217.796 y ordenó acumularlo al expediente T-6.068.552 por presentar unidad de materia.

3. En sesión del 12 de julio de 2017, y con fundamento en lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 61 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional[1], la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de los procesos de tutela promovidos por (i) Jofrey David Castañeda Tenorio y (ii) Máxima Angulo Ruiz contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y otros. Lo anterior en virtud del informe presentado por la Magistrada Diana Fajardo Rivera en el que sometió a consideración del pleno de la Corporación la decisión de asumir la unificación jurisprudencial de los asuntos referidos, en razón de la “trascendencia del tema”.

La Sala Plena encontró que la especial relevancia de los casos se encontraba sustentada, fundamentalmente, porque: en primer lugar, se observaba un ejercicio masivo de la acción de tutela por hechos similares, la cual fue puesta de presente por los tutelantes dentro de los procesos de la referencia al indicar que son más de 50 los aspirantes de la Convocatoria No. 238 que han manifestado sentir vulnerados sus derechos, con base en las mismas razones esgrimidas por los actores.

En segundo lugar y dado lo anterior, resultaba importante emitir un pronunciamiento en el que se determine el criterio jurisprudencial que debería seguirse en sede de tutela respecto de los asuntos estrictamente similares a los estudiados en esta ocasión. En tercer lugar, los asuntos de la referencia evidenciaban la importancia de abordar jurisprudencialmente tanto el alcance como la naturaleza jurídica de los avales de reconocimiento otorgados por las comunidades, dentro de los procesos de asignación de vacantes de etnoeducadores, en instituciones educativas oficiales de los territorios colectivos afrodescendientes, negros, raizales y palenqueros.

En cuarto lugar, los presupuestos fácticos de las acciones de tutela en estos casos trascendían el asunto particular, pues integran debates relacionados con la prestación del servicio educativo en el Departamento de Nariño y, por tanto, la necesidad de reconocer el rol de los menores de edad dentro de las controversias administrativas gestadas por instituciones como la Secretaría Departamental de Educación y los Consejos Comunitarios.

Finalmente, la materialización del derecho a la etnoeducación ha dado lugar a dos decisiones de constitucionalidad en las que se ha evidenciado un vacío normativo que impide la eficacia plena del derecho; tres decisiones de revisión, en asuntos iniciados por docentes que solicitaban su nombramiento como etnoeducadores, ante la ausencia de una regulación integral del sistema de nombramiento de docentes en comunidades étnicamente diferenciadas; y una sentencia, dictada por la Sala Tercera de Revisión, T-292 de 2017, en la que se estudió un caso con notorias similitudes fácticas, en lo relevante, es decir, un precedente. Este conjunto de decisiones, como se verá más adelante, demuestran la conveniencia de sistematizar, y de ser el caso, armonizar y precisar el alcance de las subreglas previamente esbozadas por las distintas salas de revisión.

4. De conformidad con la anterior decisión, en sesión del 16 de noviembre de 2017 y posteriormente del 13 de diciembre de la misma anualidad, la Sala Plena decidió acumular los expedientes T-6.048.033, T-6.057.989, T-6.068.552 y T-6.217.796 para que fueran fallados en una misma sentencia cuya ponencia estaría a cargo de las Magistradas Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado.

I. ANTECEDENTES

Los peticionarios de los expedientes de la referencia presentaron acciones de tutela contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y otras entidades estatales, por la presunta vulneración de sus garantías fundamentales a la igualdad, acceso al trabajo, derecho de petición y debido proceso. En su opinión, se vulneraron estas prerrogativas al no efectuar su nombramiento como docentes etnoeducadores en el Departamento de Nariño, aun cuando superaron las etapas iniciales del respectivo concurso de méritos en el que participaron para proveer dichos empleos y fueron seleccionados para integrar la respectiva lista de elegibles. La razón en que se fundamenta la negativa está relacionada con la no

expedición del aval de reconocimiento cultural que debe ser otorgado por la autoridad comunitaria competente del territorio afrodescendiente, negro, raizal o palenquero donde decidieron prestar sus servicios.

Algunos de los accionantes también instauraron la acción en contra de los Consejos Comunitarios que se negaron a otorgar el aval de reconocimiento cultural. Las razones principales que apoyaron sus decisiones fueron: (i) se vulneró el derecho a la consulta previa; (ii) los docentes no pertenecen a la comunidad y, por consiguiente, desconocen sus procesos internos de formación y (iii) se deben respetar los derechos de los etnoeducadores que actualmente ocupan las vacantes ofertadas en provisionalidad.

Acorde con los elementos de juicio obrantes en cada uno de los expedientes, la situación fáctica es la siguiente:

Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033)

El demandante afirma que concursó en la Convocatoria Etnoeducadores Afrocolombianos No. 238 de 2012, promovida por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), la Gobernación y la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño.

Mediante la Resolución No. 3425 del 23 de julio de 2015, emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil dentro de la Convocatoria aludida, se adoptó el listado de elegibles para proveer 336 cargos de etnoeducadores de básica primaria en el Departamento de Nariño, en la que el peticionario fue incluido en el puesto No. 235[2].

El 3 de diciembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia pública de selección de plazas dentro de la convocatoria bajo referencia, y el accionante fue designado, previa elección libre y voluntaria[3], en el Centro Educativo “Bellavista” ubicado en la localidad rural Bocas de Santinga, Municipio de Olaya Herrera, Departamento de Nariño. No obstante, el actor señala que para efectos de su posesión en el cargo le fue exigido el aval de reconocimiento cultural de que trata el artículo 4 del Decreto 140 de 2006[4], mismo que le fue negado por parte del Consejo Comunitario de Saquianga, jurisdicción de la municipalidad mencionada. El accionante no especifica mediante qué acto y en qué fecha le fue negado el aval de reconocimiento cultural, así como tampoco los motivos de tal decisión.

Dado lo anterior, el 25 de enero de 2016, el Subsecretario Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño: (i) informó al demandante que, para ser nombrado y posesionado en periodo de prueba como etnoeducador en el plantel seleccionado, es necesario aportar previamente el aval otorgado por el consejo comunitario respectivo; y (ii) negó la solicitud de cambio de lugar elevada por el actor, pues desde la perspectiva de la entidad ello contrariaría la selección libre y voluntaria realizada el 3 de diciembre de 2015 en la audiencia pública celebrada para tal fin[5].

El peticionario manifiesta que son más de 50 los participantes de la Convocatoria No. 238 de 2012 que, pese a haber sido incluidos en la lista de elegibles, no han podido ser nombrados en periodo de prueba, pues los consejos comunitarios de los diferentes Municipios de la Costa Pacífica Nariñense se han negado a otorgar los avales de reconocimiento cultural, necesarios para tal efecto.

En relación con su situación personal, el accionante indica que se encuentra atravesando un complejo panorama económico, pues: (i) desde el año 2013 no cuenta con un trabajo estable, debido a que a partir de ese momento dejó de laborar como profesor del Banco de Oferentes del Municipio de Tumaco, a causa de la supresión de tal modalidad de vinculación docente; (ii) es padre cabeza de hogar, de quien depende su núcleo familiar compuesto por su esposa y sus 5 hijos[6], de los cuales 3 son menores de edad[7]; (iii) tiene una deuda en mora con el Icetex, que al mes de junio de 2016 ascendía a \$14'859.666[8]; y (iv) actualmente sufraga los gastos propios de los estudios de educación superior que adelanta una de sus hijas en la Universidad Santiago de Cali[9]. Asimismo, señala que ha sido diagnosticado con diabetes, por lo que requiere permanecer afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Con base en lo anterior, el 10 de agosto de 2016, promovió la acción de tutela de la referencia, en la que solicita el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, acceso a cargos públicos, seguridad social y mínimo vital, para que en consecuencia se ordene a las entidades accionadas adelantar su nombramiento y posesión en el cargo de docente etnoeducador en el Centro Educativo “Bellavista”, ubicado en la zona rural de Bocas de Santinga, Municipio de Olaya Herrera, Nariño.

Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989)

La accionante cuenta con 47 años de edad[10] y desde hace más de 6 años se desempeña como docente en provisionalidad al servicio de la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco, especialmente en la zona urbana del territorio y, en algunas ocasiones, ha ejercido su profesión en diversas instituciones privadas del Departamento de Nariño. Como los otros tutelantes, señala que participó en la Convocatoria No. 238 de 2012 y, mediante Resolución 3425 del 23 de julio de 2015, fue incluida en la lista de elegibles en el lugar número 87 con un puntaje consolidado de 60.33[11].

Informa que el 3 de diciembre de 2015, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño citó a audiencia pública a las personas que fueron integradas en la lista de elegibles para que procedieran a seleccionar los establecimientos educativos donde querían prestar sus servicios de docentes[12]. Como consecuencia de ello, la tutelante eligió al Centro Educativo “Víbora Paraíso”, jurisdicción del Municipio de Olaya Herrera, Nariño como el lugar donde desempeñaría su cargo.

Teniendo en cuenta lo anterior y pretendiendo la materialización de su nombramiento, el día 15 de diciembre de 2015, solicitó ante la Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones Étnico Territoriales en Nariño -ASOCOETNAR- el aval requerido para ejercer su labor de docente en el territorio colectivo de su elección, sin obtener respuesta alguna. Este hecho obstaculizó su posesión como docente[14].

Ante esta circunstancia y teniendo en cuenta que la exigencia del aval no era de su conocimiento, el 17 de diciembre de 2015, presentó una petición ante la Secretaría de Educación Departamental de Nariño procurando una “solución definitiva para el nombramiento a que [tiene] derecho como docente de primaria de las instituciones educativas oficiales que atienden población Afrocolombiana Negra, Raizal y Palenquera”[15].

En respuesta al requerimiento, la entidad, mediante escrito del 3 de febrero de 2016, le indicó que la Convocatoria No. 238 de 2012 está regulada por los Decretos 3323 de 2005[16], 3982 de 2006[17], 140 de 2006[18] y 3446 de 2007[19] que establecen el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores a la carrera docente y prevén que el nombramiento y posesión están sujetos al aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente[20]. En concreto adujo lo

siguiente:

“En virtud de lo anterior queda claro, que la Administración Departamental- Secretaría de Educación-, no está actuando de manera arbitraria, al negarse a hacer efectivo su nombramiento en periodo de prueba, en el establecimiento educativo que usted seleccionó de manera libre y voluntaria. Al respecto, es pertinente aclarar que el otorgamiento del aval no es de competencia de esta secretaría, es un trámite que debe adelantarse ante el respectivo Consejo Comunitario donde se encuentra ubicado el establecimiento educativo que usted eligió”[21].

“Por lo anteriormente expuesto, podemos decir entonces, que la solicitud presentada no está llamada a prosperar hasta tanto, no se cumpla por parte de la peticionaria, los presupuestos exigidos por la norma para darle cabida al nombramiento en periodo de prueba y la subsiguiente terminación del nombramiento del provisional que se encuentra ocupando actualmente el mismo cargo, reiterando que dicho requisito se encuentra relacionado con la presentación del aval que fuera mencionado por el Decreto 140 de 2006, requisito este que el participante en la Convocatoria No. 238 de 2012 perfectamente debía conocer y que durante la realización de la audiencia pública fue socializado a efectos de evitar, inconvenientes futuros”[22].

El 4 de abril de 2016, el Representante Legal de la Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones Étnico Territoriales en Nariño -ASOCOETNAR-[23] se pronunció formalmente sobre la petición de la actora informándole que el aval no le sería otorgado debido a que: (i) la aspirante “no hace parte de su Consejo Comunitario ni de los procesos internos de formación étnica que se desprenden de la autonomía de dicha organización”[24]; y (ii) porque se violó el derecho a la consulta previa en el marco de la Convocatoria No. 238 de 2012 dentro de la cual, aducen, no tuvieron participación alguna.

Con fundamento en lo anterior, la señora Angulo Ruiz acude al amparo de tutela con el propósito de lograr la protección de sus garantías fundamentales a la igualdad, acceso al trabajo, derecho de petición y debido proceso. Advierte que muchos de los aspirantes que participaron con ella en la convocatoria y superaron igualmente las etapas del concurso fueron nombrados en sus cargos sin dificultad alguna. En consecuencia, solicita como objeto material de protección que se efectúe su nombramiento en el cargo docente para el cual

concurrió y frente al cual resultó efectivamente elegida.

Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira (Expediente T-6068552)

La accionante manifiesta que concurrió en la Convocatoria No. 238 de 2012 y ocupó el puesto 208[25]. Luego aprobó satisfactoriamente cada una de las etapas del concurso, por lo cual fue incluida en la lista de elegibles publicada el 12 de agosto de 2015 y posteriormente escogió una plaza en el Municipio de Barbacoas, Nariño. De esta manera, señaló que acudió ante el Consejo Comunitario “la Gran Minga del Río Inguambi” para solicitar el aval de reconocimiento cultural, pero dicho consejo guardó silencio.

Posteriormente, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño convocó a audiencia pública para que los etnoeducadores que hubieren superado las etapas del concurso seleccionaran el lugar donde realizarían su labor como docente. En consecuencia, la actora manifestó que “(...) elegí un cargo como docente en el centro educativo Machare, vereda correspondiente al Municipio de Barbacoas”[26]. No obstante, resaltó que como “(...) miembro activo de la población afrodescendiente y nativa del Municipio, profundamente preocupada ante el silencio del Consejo Comunitario antes mencionado (...)”[27] el 26 de septiembre de 2016 acudió de nuevo al consejo para solicitar el aval de reconocimiento cultural.

Afirma que el consejo accionado le comunicó verbalmente que no le concedería a “(...) ninguno de los nativos que participamos en el concurso el aval requerido, por cuanto debía proteger a los compañeros que no participaron en el concurso de méritos y hoy se encuentran en provisionalidad ocupando la mayoría de las vacantes que los concursantes seleccionamos”[28].

En este orden de ideas, destaca que la Secretaría de Educación Departamental no puede nombrarla y posesionarla como etnoeducadora en el centro educativo Machare, hasta que obtenga el aval del Consejo Comunitario de “la Gran Minga del Río Inguambi”. De conformidad con lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, trabajo, acceso a cargos públicos y a pertenecer a una minoría étnica[29]. En consecuencia, pide que se ordene al consejo comunitario que se pronuncie respecto del aval de reconocimiento cultural para posesionarse como etnoeducadora, y al Ministerio del Interior y a la Secretaría de Educación Departamental que “(...) se sirvan explicar y

demostrar mediante la documentación pertinente, si se realizó consulta previa al Consejo Comunitario encargado de brindar el aval”[30].

Jhon Erson Orobio Rodríguez (Expediente T-6217796)

El accionante indica que concursó en la Convocatoria No. 238 de 2012 (Acuerdo 0228 de 2013) que tenía como fin proveer los cargos de “directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera”. De esta manera, sostiene que aprobó satisfactoriamente cada una de las etapas del concurso, ocupó el puesto 89 y fue seleccionado el 12 de agosto de 2015 en la lista de elegibles[31]. No obstante, el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” no le otorgó el aval de reconocimiento cultural dentro de los 5 días que la ley prevé para ello.

Posteriormente, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño convocó a audiencia pública para que los etnoeducadores que hubieren superado las etapas del concurso seleccionaran el lugar donde realizarían su labor como docente. En consecuencia, el demandante manifestó que “(...) elegí un cargo como docente en la Institución Educativa Merizalde Porvenir, de la vereda con el mismo nombre, correspondiente al Municipio Olaya Herrera”[32]. No obstante, resaltó que como “(...) miembro activo de la población afrodescendiente y nativa del Municipio, profundamente preocupado ante el silencio del Consejo Comunitario antes mencionado (...)”[33] el 20 de septiembre de 2016 acudió de nuevo al consejo para solicitar el aval de reconocimiento cultural.

Sostiene que el consejo accionado le comunicó verbalmente que no le concedería a “(...) ninguno de los nativos que participamos en el concurso el aval requerido, por cuanto debía proteger a los compañeros que no participaron en el concurso de méritos y hoy se encuentran en provisionalidad, argumentando también que desobedecimos el llamado a resistencia civil que ellos impusieron a todos los provisionales”[34]. Asimismo, manifestó que el consejo se encontraba en desacuerdo con este concurso de méritos, toda vez que no se agotó el procedimiento de consulta previa.

Destaca que la Secretaría de Educación Departamental le indicó que no puede nombrarlo en periodo de prueba como etnoeducador si no cuenta con el aval de reconocimiento cultural del “Gran Consejo Comunitario Río Satinga”. De conformidad con lo anterior, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, trabajo, acceso a cargos

públicos y a pertenecer a una minoría étnica[35].

En consecuencia, pide que: (i) se declare insubsistente al docente que ocupa actualmente su vacante o que se le permita escoger una diferente; (ii) se ordene a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño que proceda a su nombramiento en periodo de prueba; (iii) que el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” se pronuncie en relación con el aval de reconocimiento cultural; (iv) se ordene explicar al Ministerio del Interior y a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño si realizó el procedimiento de consulta previa; y (v) se oficie a la Corte Constitucional para revise la constitucionalidad del artículo 4 del Decreto 140 de 2006, como quiera que la misma “(...) es oscura e incompleta y se presta para dar una libertad arbitraria a los Consejos Comunitarios, dejando desamparado al docente afrodescendiente y permitiendo la vulneración de sus derechos fundamentales”[36].

II. ACTUACIONES PROCESALES

Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033)

Una vez se avocó el conocimiento de la presente acción de tutela por parte del Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, Nariño, el 11 de agosto de 2016, el Despacho ordenó notificar a las entidades accionadas para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción. Igualmente, dispuso la vinculación de la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Consejo Comunitario “Río Sanquianga”[37]. Con posterioridad, a través de auto del 18 de agosto de la misma anualidad, la citada autoridad judicial decidió vincular al Ministerio de Educación Nacional, al “Gran Consejo Comunitario Río Satinga”, al Centro Educativo “Bellavista” y “a los docentes que actualmente se encuentren en provisionalidad en esa institución educativa”[38].

Consejo Comunitario “Río Sanquianga”

El representante legal de este Consejo manifestó que se abstenía de dar una respuesta de fondo a la acción de tutela de la referencia, pues la vereda Bellavista, donde se ubica el centro educativo al que alude el accionante, no pertenece a la jurisdicción por él representada[39].

Gobernación del Departamento de Nariño -Secretaría Departamental de Educación-

En respuesta a la acción de tutela, la apoderada del Departamento de Nariño -Secretaría de Educación solicitó declarar improcedente el recurso de amparo[40]. Como sustento de ello señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015[41], sin contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por el consejo comunitario respectivo, no es posible que la entidad territorial adelante el nombramiento en periodo de prueba de quienes integran la lista de elegibles, por lo que, desde su perspectiva, no ha habido vulneración alguna por parte de su representada. Por otro lado, expuso que en este caso la solicitud de amparo no cumple el requisito de subsidiariedad, pues el accionante ha omitido acreditar la necesidad de contrarrestar la ocurrencia de un perjuicio irremediable que traslade la prevalencia de los mecanismos ordinarios para la defensa de sus intereses, sin identificar expresamente tales mecanismos.

Ministerio de Educación Nacional

La entidad pidió ser desvinculada del trámite de la tutela, por no contar con legitimación en la causa para actuar en la misma[42]. Afirma que el Ministerio no es el competente para pronunciarse sobre la administración del personal docente, por tratarse de una función asignada a las secretarías de educación territoriales, en virtud de la naturaleza descentralizada del sector educativo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 715 de 2001[43], en cuyo artículo 6, al referirse a las competencias asignadas a los departamentos en el sector educación, dispone que a éstos corresponde, entre otros: “[d]irigir, planificar; y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley”, así como también “[a]dministrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de 1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley”. Adicionalmente, insistió en que el Ministerio de Educación Nacional no representa ni es el superior jerárquico de las secretarías de educación, por lo que no puede endilgársele responsabilidad alguna derivada de las obligaciones asignadas a las entidades territoriales.

Arcesia Caicedo Solís, profesora del Centro Educativo “Bellavista”

La docente solicitó declarar improcedente la acción de amparo, debido a que desde su

parecer el actor cuenta con medios ordinarios de defensa que no han sido agotados previamente, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Además, indica que “sería injusto”[44] permitir que el actor sea vinculado como docente en el Centro Educativo “Bellavista”, pues ello implicaría despedir a uno de los maestros que allí se encuentran laborando, comoquiera que en esta institución no hay vacantes disponibles[45].

“Gran Consejo Comunitario Río Satinga”

El representante legal de este Consejo Comunitario expuso que el accionante nunca ha solicitado el aval para ser etnoeducador. En todo caso, señaló que éste sería negado porque:

“(…) se puede demostrar que [el accionante] no hace parte del consejo comunitario ni vive en el territorio colectivo y que a la luz de la autonomía de los consejos comunitarios no es pertinente la entrega del aval ya que nuestro territorio cuenta con docentes etnoeducadores idóneos los cuales hacen parte de un proceso de más de 15 años que reivindica los derechos territoriales del pueblo negro en Olaya Herrera”[46].

Aunado a lo anterior, sostuvo que, en efecto, no se otorgará aval a ningún aspirante de la Convocatoria No. 238 de 2012, puesto que con ésta se ha vulnerado el derecho a la consulta previa de los pueblos afrodescendientes, al no haberse tenido en cuenta la participación efectiva de los consejos comunitarios del Departamento de Nariño y de las instancias representativas como lo es la Mesa Departamental de Etnoeducación Afro creada mediante el Decreto 1690 de 2006[47]. Finalmente, afirmó que negar el aval de reconocimiento cultural no es un hecho que trasgreda los derechos del accionante, pues se trata de una decisión adoptada en virtud de la autonomía y libre determinación constitucional de las que son titulares los grupos étnicos en Colombia, por lo cual, desde su punto de vista, al “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” no se le puede obligar a permitir la vinculación de un docente que no pertenece a su comunidad[48].

Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

La entidad vinculada solicitó declarar improcedente la acción de tutela, porque desde su perspectiva: (i) la CNSC no ha vulnerado derecho alguno al accionante, en razón a que su

labor administrativa culminó cuando quedó en firme la lista de elegibles, luego de lo cual y de acuerdo con lo señalado en la Resolución No. 3586 de 2011 es competencia de las entidades territoriales adelantar las etapas posteriores del concurso de méritos, como lo es la convocatoria a audiencia pública de escogencia de plazas, el nombramiento en periodo de prueba y la evaluación, en concordancia con lo señalado en los Acuerdos No. 265 a 293 de 2012, que regulan las Convocatorias No. 221 a 249.

(ii) El accionante tenía conocimiento de las reglas de la convocatoria en la que participaba como aspirante, pues el parágrafo del artículo 14 de los Acuerdos No. 265 a 293 de 2012 estipulaba que “al inscribirse en el proceso, el aspirante acepta todas las condiciones contenidas en esta convocatoria y en los respectivos reglamentos relacionados con el proceso de selección”[49]. En ese sentido, las reglas del concurso incluían, entre otras, lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005, modificado por el artículo 4 del Decreto 140 de 2006 (hoy compilado en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015)[50], en tanto corresponden a normas especiales alusivas al aval de reconocimiento cultural como requisito para proceder con la fase final de la convocatoria, relativa al nombramiento en periodo de prueba de los concursantes incluidos en la lista de elegibles[51].

Decisión de primera instancia

El Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, Nariño, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, negó por improcedente la acción de tutela promovida por Jofrey David Castañeda Tenorio contra la Gobernación y la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño, luego de considerar que:

(i) Ha sido el actor el que ha errado en tramitar la solicitud del aval para ser nombrado como etnoeducador del plantel por él escogido, pues en lugar de dirigirse al “Gran Consejo Comunitario del Río Satinga” -a cuya jurisdicción pertenece la zona rural en la que se ubica el centro educativo-, se ha remitido al de “Río Saquianga”, el cual no cuenta con competencia para valorar el otorgamiento del mencionado aval, por lo que las consecuencias de su equivocación no pueden ser endilgadas a las entidades accionadas.

(ii) La solicitud de amparo no supera el examen de subsidiariedad, pues aun cuando el actor enlista una serie de circunstancias con las que pretende dar cuenta de un aparente perjuicio

irremediable, lo cierto es que, según el a quo, las aspiraciones del demandante sobre el cargo que pretende, lejos de corresponder a un derecho adquirido, obedecen a meras expectativas hasta tanto no se superen todas las etapas del concurso, dentro de las que se incluye la obtención de aval por parte del consejo comunitario respectivo.

Impugnación

El accionante impugnó el fallo de primera instancia, argumentando que el a quo desconoció la supremacía del mérito como fórmula objetiva para acceder al ejercicio de la función pública. En ese sentido, sostuvo que al ser incluido en la lista de elegibles es claro que él “ganó el concurso”[52], por lo que la sola decisión de la comunidad no puede sobrepasar el reconocimiento del mérito como “principio rector”; máxime si se tiene en cuenta que, según el actor, el consejo comunitario no cumplió con el requisito de efectuar una audiencia pública para conocer del otorgamiento del aval de reconocimiento cultural. Con base en ello, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, acceder al amparo invocado[53].

Decisión de segunda instancia

En conocimiento de la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia de primer grado, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, confirmó el fallo de primera instancia, a la vez que dispuso exhortar al tutelante, a la Secretaría Departamental de Educación de Nariño y al “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” para que “inicien los trámites con las ritualidades procesales establecidas por la norma a fin de gestionar el aval deprecado, siendo la decisión que se adopte por el Consejo Comunitario aludido, debida y objetivamente motivada”[54].

Como sustento de la anterior decisión, el ad quem, además de reiterar los argumentos del a quo, se basó en un concepto rendido por el Ministerio de Educación Nacional, del 24 de septiembre de 2015, en el que dicha entidad señala que el aval de reconocimiento cultural no puede constituir un derecho absoluto de los grupos étnicos, con el que se desconozca arbitrariamente el proceso objetivo de selección, por lo que “la negación debe estar justificada y obedecer a un procedimiento previamente establecido por la comunidad, en el que se informe a los interesados los criterios de selección, que deben estar orientados por lo ordenado en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015”[55].

Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989)

El conocimiento de la presente acción de tutela se avocó inicialmente por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco, Nariño, mediante auto del 23 de marzo de 2016. En esa oportunidad, el Despacho ordenó notificar a la entidad accionada para que ejerciera el derecho de defensa y contradicción e igualmente dispuso la vinculación de la Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones Étnico Territoriales en Nariño -ASOCOETNAR- por tener interés directo en los resultados del trámite.

Más adelante, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que avocó conocimiento por considerar que se omitió la vinculación del Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Mesa Departamental de Etnoeducadores Afro de Nariño. En esa medida, por medio de auto del 20 de junio de 2016 se ordenó su vinculación al proceso.

Posteriormente, el Tribunal Superior de Pasto declaró una vez más la nulidad, esta vez por omitirse la integración del “Gran Consejo Comunitario Río Satinga”, el docente que actualmente se encuentra prestando sus servicios en el cargo al que aspira la accionante en el Centro Educativo “Víbora Paraíso” y de las personas inscritas en la lista de elegibles de la Convocatoria No. 238 de 2012. En razón de ello, la admisión de la tutela se concretó formalmente el 7 de septiembre de 2016[56].

Secretaría de Educación Departamental de Nariño

La Secretaría de Educación Departamental de Nariño dio contestación al requerimiento judicial solicitando declarar la improcedencia del amparo y, en consecuencia ordenar su desvinculación del trámite[57]. Para sustentar esta postura, señaló que a los etnoeducadores que prestan sus servicios a la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera se les aplican las disposiciones generales de la carrera docente previstas en el Decreto Ley 1278 de 2002[58] y, por ende, para ingresar a los cargos docentes y directivos docentes deben someterse al concurso público de méritos. Sin embargo, por tratarse de grupos con particularidades y necesidades especiales, el ordenamiento jurídico ha previsto una exigencia adicional para la provisión del empleo, consistente en la expedición de un aval de reconocimiento cultural emitido por el consejo comunitario competente en los

términos del artículo 4[59] del Decreto 140 de 2006[60]. Teniendo en cuenta lo anterior, precisó que la accionante requiere obligatoriamente del aval emitido por parte del “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” al cual pertenece la institución educativa elegida por ella para ejercer la docencia.

El Representante Legal de la Asociación de Consejos Comunitarios y Organizaciones Étnico Territoriales en Nariño -ASOCOETNAR-[61] se pronunció sobre los hechos materia de discusión, solicitando declarar la improcedencia del amparo[62]. En su criterio, “los Consejos Comunitarios son autónomos en decidir cómo (sic) organización etnicoterritorial bajo que (sic) parámetros se debe entregar el aval, proceso que está estipulado en el Decreto 140 del 2006 y que los concursantes debían de conocer, pues hace parte de los requisitos de la convocatoria que desde el año 2006 se realiza para concursos de docentes etnoeducadores de carácter especial”[63]. Agregó que el aval perseguido por la tutelante no será otorgado por el momento, en tanto se presentó una vulneración del derecho a la consulta previa en el marco de la Convocatoria No. 238 de 2012, dentro de la cual no tuvieron participación alguna. Aclaró, además, que la señora Angulo Ruiz “no hace parte de su Consejo Comunitario ni de los procesos internos de formación étnica que se desprenden de la autonomía de dicha organización”[64].

Ministerio de Educación Nacional

El Ministerio de Educación Nacional se refirió a los hechos materia de debate invocando su desvinculación del trámite[65]. En relación con el concurso de méritos, indicó que en el marco del respeto a la autonomía de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras se concertó la necesidad de que los docentes que vayan a ser nombrados en periodo de prueba para desempeñarse como etnoeducadores en territorios colectivos cuenten con un aval de reconocimiento cultural. Aclaró que dicho aval debe expedirse sobre fundamentos objetivos previamente establecidos, considerando con prioridad a aquellos docentes que, superando todas las etapas del concurso e integrando el listado de elegibles, hayan formulado los mejores proyectos etnoeducativos orientados a fortalecer la educación en tales territorios y a preservar su identidad étnica y cultural. En esta línea advirtió que el otorgamiento del aval por parte de los consejos comunitarios no es un derecho absoluto de las comunidades ni puede constituirse “por un lado en un ejercicio arbitrario y por otro en un proceso de veto a las medidas administrativas adoptadas por la entidad territorial, pues

bajo ninguna circunstancia ni tratándose de procesos de consulta previa, nos encontramos ante la necesidad de un consentimiento previo contra medidas administrativas”[66].

Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

Vencido el término de traslado, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- dio contestación a la solicitud judicial pretendiendo su desvinculación del trámite de tutela[67].

Señaló que la no expedición del aval de reconocimiento cultural, por parte del respectivo consejo comunitario, a los elegibles que escogieron plazas en territorios colectivos como requisito previo para su nombramiento en periodo de prueba, no constituye una causal para excluirlos de la lista de elegibles y obstaculizar su nombramiento en otro empleo docente dentro de la misma entidad territorial que no exija tal requisito, siempre que existan vacantes definitivas a proveer. Ello por cuanto debe garantizarse el principio de mérito que rige los procesos para acceder a la carrera pública.

Agregó que los acuerdos mediante los cuales se convocó al concurso de méritos materia de discusión son producto de la consulta previa y concertación con la Comisión Pedagógica Nacional; único órgano colegiado asesor del Gobierno Nacional para la formulación y ejecución de la política de etnoeducación. En ellos, se incluyó mayoritariamente un componente de esta naturaleza, “lo que hace que esta convocatoria por primera vez sea la expresión de una particularidad propia de los etnoeducadores”[68].

La Mesa Departamental de Etnoeducadores Afro de Nariño, el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga”, el docente que actualmente se encuentra prestando sus servicios en el cargo que aspira la accionante en el Centro Educativo “Víbora Paraíso” y las personas inscritas en la lista de elegibles de la Convocatoria No. 238 de 2012, pese al requerimiento judicial, guardaron silencio sobre los hechos materia de controversia.

Decisión de única instancia

Como se indicó previamente, el conocimiento de la presente acción correspondió en primera instancia al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco, Nariño. La Sala se referirá en detalle a la decisión de fondo adoptada por dicha autoridad judicial, no sin antes advertir que el trámite de la solicitud de tutela estuvo precedido de dos declaratorias de nulidad por parte de la Sala de Decisión Penal del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, quien adujo una vulneración del derecho fundamental al debido proceso por no haberse integrado debidamente el contradictorio[69]. Tras sanearse las irregularidades procesales constatadas, mediante fallo del 20 de septiembre de 2016, el citado juzgado declaró improcedente el amparo invocado. Como sustento de la decisión, sostuvo que el mecanismo constitucional no es la vía adecuada para debatir la legalidad de un acto administrativo generador de una situación jurídica concreta pues para tal fin está instituido el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Preciso que ello adquiere mayor relevancia si de los elementos de juicio no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable y se evidencia en su lugar que la persona interesada -peticionaria- conocía de antemano las condiciones y requisitos de la convocatoria a la que se había presentado dentro de las cuales se encontraba la exigencia de un aval de reconocimiento cultural.

Contra la anterior decisión no se presentó impugnación.

Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira (Expediente T-6068552)

El Juzgado 5 de Familia del Circuito de Pasto, mediante auto del 19 de octubre de 2016, resolvió: (i) admitir la acción de tutela; (ii) vincular a la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iii) correr traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela; y (iv) requerir a la accionante para que ampliara los hechos de la acción constitucional.

Secretaría de Educación Departamental de Nariño

En primer lugar, la apoderada judicial de la mencionada entidad sostuvo que, de conformidad con el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto Único Reglamentario del Sector Educativo[70], el aval de reconocimiento cultural es un requisito sine qua non para que la accionante pueda ser nombrada en periodo de prueba como etnoeducadora en el centro educativo que seleccionó. De esta manera, enfatizó que “(...) los integrantes de la lista de elegibles deben necesariamente acreditar los requisitos legalmente establecidos para acceder al nombramiento en periodo de prueba, siendo claro que la entidad territorial bajo ningún punto de vista puede ordenar nombramientos sin el lleno de los mismos, ni mucho menos abstraerse de dar cumplimiento al ordenamiento jurídico vigente”[71]. Así, informó que la demandante no ha presentado el aval, de modo que la entidad que representa no

puede nombrarla en periodo de prueba como etnoeducadora.

En segundo lugar, manifestó que la decisión adoptada por los consejos comunitarios para negar el reconocimiento del aval cultural, debe ser “(...) motivada y fundamentada en criterios previamente establecidos, cuya finalidad debe ser mejorar la pertinencia y calidad en la prestación del servicio educativo y sobre todo la de preservar la historia, usos, costumbres y tradiciones de la población afrocolombiana (...)”[72]. De conformidad con lo anterior, destacó que el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi” no cumplió con este requisito, pues no existe ninguna prueba en el expediente que demuestre que la negativa para otorgar el aval fue motivada y fundada en criterios objetivos.

En tercer lugar, indicó que la entidad que representa no vulneró los derechos fundamentales de la accionante, ya que obró de conformidad con el principio de legalidad, en la medida que aplicó las disposiciones establecidas en el Decreto Único Reglamentario del Sector Educativo que establecen la obligación de los participantes del concurso de méritos de contar con el aval de reconocimiento cultural para nombrarse y posesionarse como etnoeducadores. Por último, aclaró que la acción de tutela era improcedente, ya que a través de este mecanismo no se pueden modificar las normas que regulan el concurso de etnoeducadores.

Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

Asimismo, anotó que “(...) la no expedición de aval de reconocimiento cultural por parte del respectivo consejo comunitario, a los elegibles que en audiencia pública escogieron plazas en territorios colectivos como requisito previo para el nombramiento en periodos de prueba, no se constituye en una causal para excluir a los docentes que por mérito integran la lista de elegibles, con el fin de garantizarles el principio de mérito (...)”[73]. En refuerzo de lo anterior, manifestó que la persona que hubiere sido seleccionada como etnoeducador conserva el derecho a ser nombrado en otro cargo que no requiera del mencionado requisito, siempre que existan vacantes a proveer.

Por otra parte, informó que la entidad que representa junto con la Comisión Pedagógica Nacional, como único órgano colegiado asesor del Gobierno Nacional para la formulación y ejecución de la política de etnoeducación de las comunidades negras, realizaron durante dos años el concurso abierto de méritos de etnoeducadores. En este sentido, resaltó que

existió diálogo y concertación con las comunidades afrocolombianas para la realización de este programa educativo.

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

El Director de Consulta Previa del referido Ministerio inició su escrito con un recuento del contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa. Con fundamento en ello, indicó que la acción de tutela era improcedente, toda vez que las pretensiones van encaminadas “(...) a la satisfacción de derechos o necesidades individuales y no colectivas, en tanto lo que reclama es una vinculación individual de tipo laboral; siendo esta pretensión contraria al objeto y fin último de la consulta previa conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT”[74]. En refuerzo de lo anterior, sostuvo que la accionante no estaba legitimada en la causa por activa, ya que no es titular del derecho a la consulta previa en los términos establecidos en la jurisprudencia constitucional y en el Convenio 169 de la OIT.

Consejo Comunitario de la Gran Minga del Río Inguambi

El representante legal del consejo comunitario explicó las diferencias entre el concurso de méritos para “docentes comunes” y etnoeducadores. En esa medida, enfatizó que las disposiciones que regulan este tipo de concursos buscan garantizar y proteger la diversidad cultural y étnica de las comunidades afrocolombianas. Además, son medidas que garantizan una igualdad real y efectiva, ya que buscan favorecer a grupos que históricamente han sido marginados y discriminados.

Posteriormente, se refirió a la Ley de Educación y aludió a los asuntos relacionados con la etnoeducación. De esta manera, aclaró que se debe privilegiar a los miembros de grupos étnicos para que se desempeñen como docentes de sus respectivas comunidades, pues los “(...) docentes graduados en los establecimientos del Estado solo conocen la cultura occidental y por tanto van a lavar el cerebro de nuestro hijos resultando ello en la pérdida de nuestra identidad cultural, los grupos étnicos nos vimos en la necesidad de implementarla nosotros mismos a través de nuestros sabios y mayores”[75].

Por último, manifestó que la Convocatoria No. 238 de 2012 que adelantó la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer

cargos directivos y docentes de la población afrocolombiana es nula, por cuanto se desconoció el principio de diversidad consagrado en la Constitución que le permite a estas comunidades contratar a docentes que desarrollen su identidad cultural y sus costumbres.

Decisión de única instancia

El Juzgado 5 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño mediante sentencia del 1 de noviembre de 2016 negó la acción de tutela, al considerar que la comunidad a la que se pretende vincular la accionante como etnoeducadora negó el reconocimiento del aval cultural, con fundamento en que se debía proteger la permanencia de los profesores en provisionalidad. En esa medida, insistió en que la accionante obtuvo una respuesta negativa del consejo accionado para posesionarse como etnoeducadora en el centro educativo “Machare”. Así pues, resaltó la posibilidad de que la demandante se posesione en el cargo en una plaza vacante, diferente a aquella.

De conformidad con lo anterior, señaló que las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales de la actora, pues la expedición del aval de reconocimiento cultural “(...) es una disposición de carácter legal y de obligatorio cumplimiento para los participantes del concurso de méritos, por lo tanto la acción de tutela no es el mecanismo idóneo (...)”[76].

Finalmente, anotó que la acción de tutela no cumple el requisito de subsidiariedad, pues las pretensiones de la accionante están encaminadas a discutir la legalidad de las normas aplicables al concurso de méritos para etnoeducadores, situación que escapa del alcance de la solicitud constitucional.

Contra la anterior decisión no se presentó impugnación.

Jhon Erson Rodríguez Orobio (Expediente T-6217796)

El Juzgado 4 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño mediante auto del 15 de noviembre de 2016, admitió la acción de tutela y corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran en relación con los hechos y pretensiones de la solicitud de amparo. Mediante auto del 23 de noviembre de ese mismo año resolvió: (i) declarar la nulidad de todas las

actuaciones surtidas en el proceso de tutela desde el auto admisorio de la demanda, toda vez que no vinculó al docente que se encuentra en provisionalidad en el cargo del accionante; (ii) admitir la acción de tutela presentada por el señor Rodríguez Orobio; (iii) notificar a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela; y (iv) vincular al docente que se encuentra en provisionalidad en el cargo del demandante y “a quienes hacen parte de la lista de elegibles de la Convocatoria Etnoeducadores Afrocolombianos No. 238 de 2012”[77].

Secretaría de Educación Departamental de Nariño[78]

En primer lugar, la apoderada judicial del ente territorial sostuvo que no es posible nombrar y posesionar a docentes que no cuenten con el aval de reconocimiento cultural por parte del consejo comunitario correspondiente. En este sentido, precisó que la entidad que representa actualmente adelanta el proceso de vinculación de las personas que cuenten con el aval, y que al revisar el sistema de información se verificó que el actor no acredita dicho requisito, por lo que no es posible nombrarlo como etnoeducador en el centro educativo seleccionado.

En segundo lugar, manifestó que “(...) los consejos comunitarios de manera arbitraria están obstruyendo la posibilidad de quienes forman parte de una lista de elegibles, [con base] en que no fueron consultadas para llevar a efecto este concurso”[79]. Sin embargo, explicó que, de conformidad con el Ministerio de Educación, el proceso de consulta sí se realizó. Por otra parte, precisó que la decisión de los consejos comunitarios para negar el aval de reconocimiento cultural debe ser “(...) motivada y fundamentada en criterios previamente establecidos, cuya finalidad debe ser mejorar la pertinencia y calidad en la presentación del servicio educativo y sobre todo la de preservar la historia, usos y costumbres, tradiciones afrocolombianas (...)”[80]. De conformidad con lo anterior, manifestó que “(...) no se observa prueba alguna en la que se indique que el CONSEJO COMUNITARIO RÍO SATINGA, haya seguido el procedimiento para emitir la negativa de la expedición del aval, basada en criterios objetivos y que la decisión haya sido motivada”[81].

En tercer lugar, manifestó que acceder a las pretensiones del accionante sería: (i) desconocer las normas que regulan la exigencia de avales culturales para la posesión de

docentes afro; y (ii) “dejar privados del derecho a una calidad educativa a los estudiantes de los sectores rurales para quienes no es justo que por un capricho de los Consejos Comunitarios no puedan contar con los docentes calificados que superaron las etapas del concurso de méritos”[82].

En este orden de ideas, indicó que la entidad que representa no vulneró los derechos fundamentales del accionante, como quiera que actuó bajo el principio de legalidad al negar el nombramiento y posesión como etnoeducador sin que exista el reconocimiento del aval cultural por parte del consejo comunitario accionado. Sin perjuicio de lo anterior, anotó que la acción de tutela era improcedente, toda vez que “(...) la independencia de cada entidad, así como la modificación de las condiciones en que debe efectuarse la provisión de vacantes de territorios colectivos reviste jerarquía constitucional y legal (...)”[83].

“Gran Consejo Comunitario Río Satinga”

Igualmente, refirió que no se agotó el requisito de consulta previa y que, en esa medida, no se tuvo en cuenta la participación de la comunidad para elaborar el concurso de etnoeducadores. Finalmente, reiteró que no es posible obligar a la comunidad a otorgar el aval de reconocimiento cultural a una persona que no pertenezca a ella, pues ello vulneraría su derecho a la autonomía territorial.

Decisión de primera instancia

El Juzgado 4 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño mediante sentencia del 6 de diciembre de 2016, consideró que no era posible declarar insubsistente al docente que ocupa actualmente la vacante escogida por el accionante, ya que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el docente que se encuentra en provisionalidad goza de una estabilidad intermedia y “(...) subsistirán solo cuando los respectivos cargos no pueda ser provistos mediante nombramiento en periodo de prueba o en propiedad (...)”[85].

Por otra parte, manifestó que la acción de tutela no era procedente para declarar la inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto 140 de 2006, y que debía ser la Corte Constitucional, quien resolviera este asunto. Con todo, anotó que aunque es indispensable que el docente cuente con el aval de reconocimiento cultural para posesionarse en periodo de prueba, dicho permiso “(...) tiene unos requisitos de tiempo, de entrega y de autoridad

competente, que no fueron observados por el GRAN CONSEJO COMUNITARIO DEL RÍO SATINGA vulnerando los derechos al debido proceso y acceso a cargos públicos del accionante”[86]. Lo anterior, con fundamento en que: (i) el consejo comunitario accionado no otorgó el aval dentro del término legal previsto; (ii) fue el representante legal y no la junta del consejo comunitario quien negó el aval de reconocimiento cultural; y (iii) la manifestación hecha por el consejo comunitario debió entregarse a la entidad territorial certificada, es decir, a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, y no al docente.

De conformidad con lo anterior, resolvió tutelar los derechos fundamentales del accionante, ordenar al “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” que resolviera sobre el otorgamiento del aval de reconocimiento cultural y requerir a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño para que le brindara al demandante la posibilidad de escoger otra vacante en el caso de no contar con el aval de reconocimiento cultural para ejercer el cargo inicialmente escogido.

Impugnación

El representante legal del consejo comunitario accionado impugnó la decisión de primera instancia, con fundamento en que: (i) se vulneró el derecho a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes, toda vez que no fueron tenidas en cuenta para participar en el proceso del concurso de méritos de etnoeducadores en el Departamento de Nariño; (ii) no hay una vacante disponible para el accionante; y (iii) el accionante no pertenece a la comunidad “(...) ni ha participado en los procesos internos de formación étnica (...)”[87].

Decisión de segunda instancia

La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño mediante sentencia del 21 de febrero de 2017, confirmó la sentencia proferida por el a quo y adicionalmente protegió el derecho fundamental de petición del accionante. Al respecto, consideró que el aval de reconocimiento cultural debe ser motivado y estar acorde con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015. Además, manifestó que aunque el consejo comunitario no esté de acuerdo en cómo se desarrolló el concurso de méritos, ello no es razón suficiente para considerar que se vulneró el derecho fundamental a la consulta previa. En este sentido, enfatizó que no otorgar el aval cultural, en los términos

previstos en la ley, constituye una vulneración a los derechos fundamentales de las personas que participaron en el concurso de méritos.

Por último, señaló que “(...) los derechos del accionante no se pueden ver vulnerados por el hecho de que no se le otorgue el aval respectivo, toda vez que la no concesión del mismo no puede constituir una causal para impedir que los docentes integrantes de la lista de elegibles accedan a otros cargos que no hayan sido provistos dentro del concurso de méritos que superó (...)”[88].

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. La Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las señaladas por el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 y los artículos 57 y 58 del Reglamento Interno de esta Corporación, a fin de allegar material probatorio suficiente que permitiera resolver las acciones de tutela, profirió un auto el 5 de junio de 2017 por medio del cual ordenó que en el Expediente T-6068552 se vinculara al Ministerio de Educación Nacional.

Igualmente, ordenó oficiar a Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira para que allegara toda la documentación necesaria que demostrara que superó todas las etapas previstas en la Convocatoria No. 238 de 2012. Así mismo, ofició a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño para que enviara la documentación que certificara que la demandante superó las etapas del concurso de méritos. Además, para que brindara la información que permitiera identificar las personas que actualmente ocupan los cargos en provisionalidad y para que respondiera algunas preguntas relacionadas con el concurso de etnoeducadores y el aval de reconocimiento cultural[89].

De igual manera, ofició al Juzgado 5 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño para que por intermedio de éste se requiriera al Consejo Comunitario “la Gran Minga del Río Inguambi” con la finalidad de que explicara, por escrito, los motivos por los cuales negó el reconocimiento de aval cultural a la señora Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira. Por último, ofició a la Dirección Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que informara si realizó alguna concertación con el Consejo Comunitario “la Gran Minga del Río Inguambi” respecto de la posesión de nuevos docentes en dicha comunidad, y si para la posesión de estos cargos era necesario agotar la consulta previa.

Posteriormente, mediante auto del 5 de julio de 2017 se ordenó oficiar al Juzgado 5 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño para que por intermedio de éste se vinculara a Cindy Diana Landazury y Nirsa Nuria Landazury, quienes son actualmente etnoeducadoras en provisionalidad en el centro educativo Machare y podrían ser desplazadas de sus puestos por la posesión de la tutelante en su cargo. Igualmente, vinculó a la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras y le solicitó que respondiera algunas preguntas relacionadas con la elaboración del concurso etnoeducativo y el aval de reconocimiento cultural[90].

Por otra parte, mediante auto del 22 de noviembre de 2017, ofició a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño para que indicara con nombres completos, número de identificación y lugar de residencia, quien es el etnoeducador que se desempeña actualmente en provisionalidad en el cargo para el cual concursó del señor Jhon Erson Rodríguez Orobio (Expediente T-6217796).

2. Con posterioridad, el 11 de diciembre de 2017, la Magistrada Diana Fajardo Rivera profirió auto mediante el cual: (i) requirió al señor Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033) y a la señora Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989) a fin de que informaran si, en la actualidad, se encuentran ejerciendo el cargo de etnoeducadores en las instalaciones oficiales de su elección, dentro de la Convocatoria No. 238 de 2012, o en qué actividad laboral se desempeñan; (ii) pidió al “Gran Consejo Consejo Comunitario Río Satinga” comunicar: (1) las razones con base en las cuales se negó el aval de reconocimiento cultural a los ciudadanos mencionados, (2) la forma como fueron comunicadas estas razones, (3) y los mecanismos con los que contaban para controvertir la negativa del aval. Asimismo, (iii) solicitó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño informar acerca de, por un lado, las medidas que ha adoptado para que los accionantes sean efectivamente posesionados como etnoeducadores y, por otro, quiénes se encuentran desempeñando la función de docentes en los cargos para los que aspiraron estas dos personas, respecto de quienes se pidió a la Secretaría vincular al presente proceso, con el fin de que se pronunciaran sobre el mismo.

3. Información obtenida en sede de revisión

3.1. Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira (Expediente T-6068552)

Ministerio de Educación

En este sentido, anotó que “luego de más de 14 años de trabajo participativo, concertado y consultas entre las entidades del Estado, representado por el Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil y las comunidades afrocolombianas, representadas a través de los comisionados de la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras (...) el pasado 2 de octubre la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió los Acuerdos No. 265 al 293 de 2012 dando apertura a las Convocatorias No. 221 a 249 de 2012 con las cuales se iniciaron de manera oficial el concurso para selección por mérito de etnoeducadores afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros al servicio de instituciones educativas”[92]. Además, relató que las pruebas del concurso incluyeron asuntos relacionados con la cultura y tradición afrocolombiana, de suerte que se respeta y protege la diversidad cultural. En este orden de ideas, precisó que se agotó el proceso de consulta previa, y que por lo tanto, los consejos comunitarios no deben negar la posesión de etnoeducadores con fundamento en que no se realizó el proceso de concertación.

Por otra parte, destacó que el “(...) otorgamiento o no del aval de reconocimiento cultural de que trata el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, debería ser el resultado de un proceso mediante el cual, los integrantes de dichos consejos evalúen, principalmente, la calidad y pertinencia de los proyectos etnoeducativos que hayan formulado las personas que hagan parte de la lista de elegibles conformadas por la CNSC”[93]. En este sentido, enfatizó que el aval no puede ser interpretado como una manifestación absoluta del derecho a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes, “(...) que se entienda como un veto y descalificación de todo el proceso adelantado del concurso abierto de méritos, sino que debe entenderse como una parte más de este derecho. Además, por cuanto este aval no puede estatuirse como el único elemento que determine el mérito para ingresar al empleo público, dado que esto significaría la violación de los derechos del aspirante que está concursando”[94]. En este orden de ideas, precisó que los docentes que no obtuvieron el aval de reconocimiento cultural no pierden el derecho de ser nombrados y posesionados como etnoeducadores, siempre y cuando exista una vacante.

Igualmente, aseveró que la falta de otorgamiento del aval cultural atenta no solo contra el derecho de defensa del docente seleccionado, sino también contra el principio de mérito establecido en el artículo 125 de la Constitución. De conformidad con lo expuesto, solicitó

que se desvinculara al Ministerio de Educación, y que en todo caso, se emitiera un pronunciamiento por medio del cual se protegieran los derechos a la igualdad, al trabajo y al debido proceso de los etnoeducadores que hicieron parte de la lista de elegibles y superaron las etapas del concurso de méritos.

Secretaría de Educación Departamental de Nariño

El Departamento de Recursos Humanos de esta Secretaría informó que, la señora Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira, superó todas las etapas del concurso de méritos y ocupó la posición 208 de 336 vacantes. Además, anotó que las personas que se encuentran actualmente como docentes en provisionalidad en el centro educativo Machare son Cindy Diana Landazury Angulo y Nirsa Nuria Landazury Landazury. Posteriormente, la entidad procedió a responder las preguntas formuladas de la siguiente manera:

i. ¿Cuáles son las reglas del concurso para proveer “directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana”?

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, explicó que “(...) la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y a ella quedan obligados tanto la Comisión Nacional del Servicio Civil, como la entidad que convoca al concurso y todos los participantes”[95]. En este sentido, precisó que mediante el Acuerdo 282 de 2012 modificado por el Acuerdo 407 de 2013, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó al concurso de méritos para la provisión de vacantes definitivas de directivos docentes en establecimientos educativos oficiales que atienden población afrodescendiente, negra, raizal y palenquera.

ii. ¿Cómo funcionan los concursos de etnoeducadores?

Indicó que estos concursos se rigen por lo establecido en el Decreto 3323 de 2005 el cual determina que para que un aspirante pueda ser nombrado en periodo de prueba como etnoeducador debe superar todas las etapas del concurso de méritos y cumplir con los requisitos fijados en este decreto. Asimismo, afirmó que de conformidad con la Ley 70 de 1993, 115 de 1994 y el Decreto Ley 1278 de 2002 se debe agotar el requisito de consulta previa con las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras.

iii. ¿Cuáles requisitos deben cumplir los participantes para ser nombrados como

etnoeducadores?

Manifestó que según el Decreto 3323 de 2005 el concurso de méritos comprende las siguientes etapas: (i) convocatoria; (ii) inscripción y publicación de admitidos a las pruebas; (iii) prueba integral etnoeducativa; (iv) publicación de resultados de la prueba integral etnoeducativa; (v) valoración de antecedentes y entrevistas; (vi) conformación y publicación de listas de elegibles; y (vii) nombramiento en periodo de prueba. Adicionalmente, sostuvo que de acuerdo con el artículo 2.4.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015 es necesario que los concursantes cuenten con el aval de reconocimiento cultural por parte de los consejos comunitarios.

iv. ¿Existe alguna formalidad para que los miembros de las comunidades afrocolombiana, negra, raizal y palenquera otorguen el aval que refiere el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015?

Adujo que el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015 establece el requisito del aval de reconocimiento cultural por parte del respectivo consejo comunitario, pero dicha norma no establece cuáles son las formalidades del aval. Sin embargo, precisó que de acuerdo con el Ministerio de Educación el aval no se puede convertir en un proceso arbitrario que viole los derechos fundamentales de quienes participaron y superaron el concurso de méritos. Asimismo, enfatizó en que la decisión de otorgar el aval de reconocimiento cultural debe ser motivada, fundada en los criterios objetivos previamente establecidos, de manera que no sea una actuación arbitraria, sino que cumpla con el fin de mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo, y sobre todo, busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población afrocolombiana.

v. ¿Qué sucede cuando los miembros de la comunidad no otorgan el aval del artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015 dentro de los 5 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles?

Mencionó que la ausencia del aval no genera la exclusión del concursante de la lista de elegibles, de manera que la Secretaría de Educación Departamental deberá convocar a una audiencia pública para que los docentes que no obtuvieron el reconocimiento cultural puedan posesionarse en una de las vacantes.

vi. ¿Es posible posesionar a la accionante en otro centro educativo diferente a Machare?

vii. ¿Qué sucede con los participantes que salieron elegidos en la Convocatoria 238 y no han podido posesionarse como docentes por no contar con el aval de la comunidad?

Ante este cuestionamiento, reiteró lo dicho en el punto anterior, en el sentido de que las personas que fueron elegidas como etnoeducadores y no cuentan con el aval de reconocimiento cultural, pueden aspirar a una plaza siempre y cuando se encuentre vacante.

Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

Después de hacer un recuento de los fundamentos normativos y jurisprudenciales de la consulta previa, el director jurídico de esta entidad manifestó que en el sistema de información y gestión para la gobernabilidad democrática -SIGOB- y el sistema de información de consulta previa -SICOP- no se encontró registro de procesos de consulta previa con la comunidad de la “Gran Minga del Río Inguambi”. Por otra parte, mencionó que para la posesión de etnoeducadores solamente se requiere el aval de reconocimiento cultural, y que por lo tanto, no es necesario agotar la consulta interna. Sin embargo, destacó que “(...) se debe agotar el proceso consultivo para este tipo de nombramientos en propiedad hasta tanto el Gobierno Nacional expida el Estatuto General para Etnoeducadores (...)”[96].

Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi”

El representante legal de la comunidad argumentó que el aval de reconocimiento cultural es una expresión del derecho a la diversidad cultural y la autonomía de los pueblos étnicos. En esa medida, reiteró la imposibilidad de que se adopten decisiones sin tener en cuenta la opinión de la comunidad afrodescendiente. De otra parte, declaró que el derecho a la educación de los pueblos afrocolombianos debe respetar sus culturas, tradiciones e historias, de manera que no se puede imponer un conocimiento que no corresponda con estos criterios. En este sentido, subrayó que es necesario contar con docentes que comprendan y apliquen su cultura, de suerte que no se pierdan sus costumbres. Asimismo, insistió en que el concurso de méritos no puede medir “(...) el grado de compenetración con

su cultura, su compromiso con la comunidad, así como su sentido de pertenencia a su pueblo”[97].

Sin perjuicio de lo anterior, explicó que la demandante no podía obtener el reconocimiento del aval cultural, toda vez que no pertenece a la comunidad de la “Gran Minga del Río Inguambi” y, en consecuencia, no representa su identidad cultural y por tanto, no puede ser nombrada etnoeducadora en el centro educativo Machare.

Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior

De manera general, el director de dicha entidad señaló que no le consta ninguno de los hechos de la acción de tutela y que debe ser la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Secretaría de Educación Departamental de Nariño quienes respondan a las pretensiones incoadas por la accionante. En todo caso, aclaró que: (i) existió un proceso de concertación con las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales para llevar a cabo el concurso de méritos de etnoeducadores; y (ii) el aval de reconocimiento cultural es una expresión del derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas. Además, precisó que para que los consejos comunitarios otorguen el aval de reconocimiento cultural, deben evaluar que los “(...) proyectos educativos que vayan a ser ejecutados al interior de los respectivos territorios colectivos se orienten, no solo a mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo, sino a preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población negra y afrocolombiana que habiten en dichos territorios (...)”[98]. En este orden de ideas, pidió que se desvinculara del proceso de tutela a la entidad que representa, como quiera que no se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)

Para iniciar, el asesor jurídico de la CNSC precisó que entre las funciones que tiene a cargo la entidad que representa está la de “(...) adelantar las convocatorias a concurso para proveer por mérito los empleos públicos de carrera administrativa, de acuerdo con los términos que establezca la ley y el reglamento”[99]. En este sentido, explicó que se llevó a cabo el concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que presentan su servicio educativo a población

afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el Departamento de Nariño. Indicó que producto de esta convocatoria, la CNSC profirió la Resolución 3425 de 2015 por medio de la cual se conformó la lista de elegibles, entre la cual figuraba la señora Flórez Rivadeneira, quien ocupó el puesto 208 y obtuvo un puntaje de 53,84.

Igualmente, aseveró que las reglas de este concurso fueron establecidas en la Convocatoria No. 282 del 2 de octubre de 2012, que fue modificada por el Acuerdo 407 del 22 de abril de 2013. Específicamente, mencionó que los concursos de etnoeducadores se rigen por el Decreto 3323 de 2005, modificado por el Decreto 1075 de 2015, el cual establece en el artículo 6 la forma en que se deben realizar este tipo de convocatorias.

De otra parte, manifestó que debido a la falta del aval de reconocimiento cultural, solamente se han posesionado 113 elegidos de 267 aspirantes. Así mismo, declaró que la ausencia de este requisito impide que la Secretaría de Educación Departamental de Nariño nombre al docente en su cargo. Por último, aclaró que los participantes que no han obtenido el aval de reconocimiento cultural permanecerán “en la lista de elegibles hasta tanto se logre el aval del respectivo consejo comunitario, y por el término de vigencia de la lista de elegibles (...)”[100].

3.2. Jhon Erson Orobio Rodríguez (Expediente T-6217796)

Secretaría de Educación Departamental de Nariño

La entidad indicó que, de conformidad con la información suministrada por la Oficina de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, las personas que en la actualidad se encuentran nombradas en provisionalidad en la Institución Educativa “Merizalde Porvenir” en el Municipio de Olaya Herrera, son las siguientes: Luz Hermila Caicedo Solís (C.C.36.810.725) y Ana Agustina Cuero Montaña (C.C. 25.436.014).

Se aclara que mediante providencia del 23 de noviembre de 2016, el Juzgado 4 de Familia del Circuito de Pasto, Nariño, juez de primera instancia en este trámite, decretó la nulidad de todo lo actuado por falta de vinculación de quien ocupa el cargo en provisionalidad en la plaza escogida y de los integrantes de la lista de elegibles, y ordenó “vincular al docente que se encuentra vinculado en provisionalidad en el cargo de docente en la Institución educativa Merizalde Porvenir en la vereda del mismo nombre del Municipio de Olaya

Herrera y a quienes hacen parte de la lista de elegibles de la Convocatoria Etnoeducadores Afrocolombianos No. 238 de 2012”[101].

3.3. Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033)

En respuesta al auto del 11 de diciembre de 2017, proferido por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, el accionante manifestó que, en la actualidad, no se encuentra ejerciendo el cargo de etnoeducador para la plaza seleccionada en el concurso de méritos aludido a lo largo de esta providencia. Asimismo, indicó que desarrolla “actividades administrativas en el sector educativo del Municipio de Tumaco, sin que tenga vinculación legal y reglamentaria, ni un contrato de prestación de servicios vigente”[102]. Finalmente, indicó que su núcleo familiar, del cual es el sustento económico, está compuesto por su esposa y cinco hijos, de los que tres son menores de edad.

Secretaría de Educación Departamental de Nariño

En atención al requerimiento realizado por la Corte en el auto del 11 de diciembre de 2017, la entidad señaló que, en primer lugar, teniendo en cuenta el gran número de elegibles que no han logrado cumplir el requisito del aval de reconocimiento cultural, la Comisión Nacional del Servicio Civil la autorizó para celebrar una nueva audiencia de selección de vacantes, en la que Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033) seleccionó un nuevo centro educativo, y a la que la señora Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989) no acudió, por lo cual se le asignó otro centro educativo disponible[103].

Según la información del ente territorial, en el primero de los casos, el señor Castañeda Tenorio advirtió que en esta segunda oportunidad de selección de plazas “[le] impidieron el nombramiento al cual [tiene] pleno derecho”[104]. Frente a la señora Angulo Ruiz, no existe una negativa formal en tanto se abstuvo de participar en este nuevo proceso de escogencia de instituciones oficiales.

3.4. La señora Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989) no se pronunció sobre el requerimiento judicial efectuado.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional analizar las Sentencias proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en el inciso 3º del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y 61 del Reglamento Interno de la Corporación.

2. Presentación del asunto objeto de revisión y formulación de los problemas jurídicos

2.1. La Sala estudia las acciones de tutela instauradas por cuatro ciudadanos quienes individualmente manifestaron que concursaron en la Convocatoria No. 238 de 2012, que tenía como fin proveer los cargos de “directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera”. De esta manera, sostuvieron que aprobaron satisfactoriamente cada una de las etapas del concurso, y en audiencia pública seleccionaron los centros educativos: “Bellavista”, “Víbora Paraíso”; “Merizalde Porvenir” y “Machare” para ejercer su labor de etnodocentes. Sin embargo, al acudir al consejo comunitario respectivo para solicitar el aval de reconocimiento cultural, en algunos casos el mismo no les fue otorgado y en otros estas instituciones comunitarias guardaron silencio. En consecuencia, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño se negó a nombrarlos y posesionarlos como etnoeducadores.

De manera general, las entidades departamentales manifestaron que no era posible nombrar y posesionar a los etnoeducadores en los centros educativos que seleccionaron, toda vez que no cuentan con el aval de reconocimiento cultural que exige la ley. En este sentido, insistieron en que es indispensable que los concursantes acrediten todos los requisitos legales para ser nombrados y posesionados en los cargos a los que aspiraron. Asimismo, indicaron que los requisitos del concurso, entre ellos el aval de reconocimiento cultural, era de conocimiento por todos los participantes, de manera que no es posible desconocer el mismo.

Por su parte, los consejos comunitarios manifestaron que: (i) los demandantes no pertenecían a la comunidad y tampoco viven en el territorio; (ii) no se agotó la consulta previa para realizar la convocatoria de los etnoeducadores; y (iii) se deben respetar los derechos de los docentes que se encuentran en provisionalidad. En este sentido, insistieron en la negativa del aval de reconocimiento.

A partir de lo anterior, para la Sala es claro que se encuentra ante una situación compleja, toda vez que la situación fáctica exige resolver varios problemas. Así, para poder responder lo planteado por los tutelantes, en cuanto a la posible violación, principalmente, de sus derechos al debido proceso y de acceso a la función pública, por lo cual solicitan su nombramiento y posesión en periodo de prueba en las plazas escogidas, es también necesario analizar el reclamo expuesto por los Consejos Comunitarios sobre la posible violación de su derecho a la consulta previa, como una justificación para no otorgar el aval de reconocimiento que se exige como requisito en el concurso de méritos de etnoeducadores.

2.2. Con base en lo anterior, luego de verificar el cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad, la Sala se ocupará de resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Se vulneró el derecho fundamental a la participación étnica de los Consejos Comunitarios “Río Satinga” y “la Gran Minga Río Inguambí”, al no habérseles consultado de manera directa la implementación y desarrollo de la Convocatoria N° 238 de 2012, destinada a proveer los cargos de “directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera”, pese a que en los centros educativos de su jurisdicción se ocuparían algunas de las vacantes ofertadas en el concurso público?

¿Se vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital y a ocupar cargos públicos de los aspirantes a etnoeducadores afrocolombianos que superaron las etapas del concurso de méritos, al negárseles su nombramiento y posesión ante la negativa de los consejos comunitarios respectivos de otorgarles el aval de reconocimiento cultural, en tanto requisito necesario para ocupar las vacantes ofertadas?

2.3. Con el fin de dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala se ocupará de los siguientes aspectos jurídicos y constitucionalmente pertinentes: (i) los concursos de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos; (ii) el concurso de méritos de etnoeducadores; (iii) el derecho a la consulta previa de las comunidades en los concursos de etnoeducadores; y (iv) el alcance del aval de reconocimiento cultural que comprende el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015.

3. Examen de procedencia de las acciones de tutela

Legitimación en la causa por activa

3.1. El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales[105]. De esta manera, la acción de tutela contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

La Sala Plena encuentra que en la presente oportunidad, las acciones de tutela fueron interpuestas directamente por los presuntamente afectados, es decir, por quienes participaron en el concurso etnodocente, y a la fecha no han podido ser nombrados y posesionados en los centros educativos que escogieron dentro del proceso. En este sentido, el mecanismo de protección de derechos fundamentales se interpuso a título personal, por lo que se logra acreditar la legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

4. La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra quien se dirige la solicitud de amparo y está llamada a responder por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cuando resulte demostrado en el proceso respectivo[106]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares[107].

5. En los casos sub examine, las acciones de tutela se interpusieron en contra de las siguientes autoridades:

- i. Secretaría de Educación Departamental de Nariño: ente descentralizado

perteneciente al orden territorial del Departamento de Nariño, encargado de dirigir, coordinar y administrar el sistema de educación departamental.

ii. Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior: dependencia que se encarga, entre otras cosas, de dirigir, en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes, los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley.

iii. Ministerio de Educación Nacional: forma parte del Gobierno Nacional y se encarga, entre otras cosas, de formular, dirigir y coordinar la política nacional de educación.

iv. Consejos comunitarios: son entes colectivos que ejercen la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. El Consejo Comunitario está integrado por la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario[108].

En estos términos, la acción de tutela se dirige en contra de tres autoridades públicas, respecto de las cuales no cabe duda que se encuentran legitimadas en la causa por pasiva por ser las entidades que están encargadas de: (i) nombrar y posesionar a los candidatos a etnoeducadores, de conformidad con el concurso de méritos y la lista de elegibles; (ii) dirigir y coordinar la política pública sobre educación, lo cual involucra la etnoeducación; y (iii) ejecutar los procesos de consulta previa, lo que en principio incluiría políticas de educación nacional. De esta forma, se trata de autoridades públicas que están involucradas en la prestación del servicio de educación, pero principalmente en el proceso de provisión de los cargos públicos para proveer tal servicio desde la perspectiva étnica, que comprende la controversia central en estos casos.

Finalmente, los consejos comunitarios, aun cuando no son entidades públicas, están involucrados en el proceso para seleccionar docentes públicos, en este caso los etnoeducadores. Como se advirtió, de conformidad con el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, que “reglamenta el concurso de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes etnoeducadores afrocolombianos y raizales, con el fin de proveer la planta de cargos organizada conjuntamente por la Nación y las entidades territoriales

certificadas en el servicio educativo estatal (...)", aquellos integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en periodo de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deben contar con el reconocimiento cultural de la autoridad comunitaria[109]. Por lo tanto, es innegable que estos consejos, que constituyen autoridades en aquellos territorios y representan a la comunidad étnica, cumplen una función específica en el concurso de méritos que, además, está delimitada como un requisito para el nombramiento en periodo de prueba.

Entonces, en la medida en que tales agrupaciones participan en el concurso de méritos que desencadena en la provisión de cargos para la prestación de un servicio público, como es la educación, tienen la facultad reglamentaria de adoptar decisiones de las cuales depende la provisión del mismo. Por lo anterior, se trata de una participación determinante en el concurso de méritos con un alcance importante en el mismo, que hace evidente su asimetría que conduce a la subordinación de los accionantes respecto de ellos, por lo cual también acreditan la legitimación en la causa por pasiva.

Requisito de inmediatez

6. La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento judicial, preferente y sumario para reclamar "la protección inmediata" de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares.

En virtud de ello, tanto la jurisprudencia constitucional como el decreto que regula el trámite de la acción de tutela, han señalado que una de las características esenciales de este mecanismo es la inmediatez, entendida ésta como la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o conculcados.

7. Esta Corporación ha señalado que aunque la acción de tutela no cuenta con un término de caducidad dentro del cual deba ser ejercida, la misma no puede solicitarse en cualquier momento sin atender la época en la que ocurrió la acción u omisión que originó la violación o amenaza de los derechos fundamentales[110], de tal suerte que el mecanismo de amparo debe ser interpuesto dentro un plazo razonable, oportuno y justo[111], el cual debe ser analizado por el juez constitucional a la luz de los hechos del caso en particular.

Como consecuencia de lo anterior, se ha exigido que la acción constitucional se promueva oportunamente, esto es, en un término razonable, después de la ocurrencia de los hechos que dieron paso al agravio de los derechos, puesto que de otra forma se desvirtuaría el propósito mismo de la acción de tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata a los derechos fundamentales[112].

Este elemento temporal pretende combatir la negligencia, el descuido o la incuria de quien la ha presentado, pues es deber del accionante evitar que pase un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado desde que se presentó la actuación u omisión que causa la amenaza o vulneración de las garantías constitucionales hasta la presentación del recurso de amparo[113].

En relación con el caso del señor Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033), la acción de tutela fue instaurada el 11 de agosto de 2016, mientras que la última comunicación disponible en el expediente y relacionada, en apariencia, con la supuesta violación de sus derechos fundamentales corresponde al oficio fechado el 28 de marzo de 2016, mediante el cual el demandante le manifestó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño que el Consejo Comunitario “Satinga” le había negado el aval de reconocimiento cultural. Entre estas dos actuaciones transcurrieron menos de cinco meses, siendo, en consecuencia, un término razonable para ejercer el recurso de amparo.

En el segundo de los casos, el de la señora Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989), la acción de tutela se radicó el 23 de marzo de 2016. La demanda fue admitida inicialmente esa misma fecha por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco, Nariño. Aunque como se advirtió con anterioridad, el trámite de tutela fue objeto de 2 declaratorias de nulidad por indebida integración del contradictorio y, en esa medida, la petición constitucional fue finalmente admitida el 7 de septiembre de 2016, para efectos de verificar el requisito de inmediatez debe tenerse en cuenta la primera fecha por ser este el momento en que formalmente se entendió que la solicitud de amparo satisfizo los requisitos de admisión al tiempo que la decisión posterior que materializó la iniciación del trámite se originó no por la ausencia previa de exigencias formales sino por motivos sustanciales relacionados con la posible vulneración del derecho a la defensa y contradicción de terceros con interés legítimo en el asunto, es decir como consecuencia del surgimiento de asuntos procesales que escapaban a la competencia de la tutelante.

Teniendo claridad sobre lo anterior, el último acto que la peticionaria considera compone el conjunto de hechos que ponen en riesgo sus garantías constitucionales y prevalentes es el oficio del 3 de febrero de 2016 en el cual la Secretaría de Educación Departamental de Nariño le indicó la imposibilidad de acceder a la pretensión de nombrarla como docente etnoeducadora sin la expedición previa del aval de reconocimiento cultural. Es decir, transcurrieron menos de 2 meses desde la negativa de la entidad hasta el momento en que la actora ejerció el amparo para la protección de sus derechos, término respecto del cual no surge reparo alguno, pues resulta razonable y denota una actitud diligente de parte de la tutelante.

Respecto del caso de Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira (Expediente T-6068552), la demandante presentó una petición ante el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi” el 23 de julio de 2016, para que le fuera otorgado el aval de reconocimiento cultural. Sin embargo, adujo que el consejo accionado le comunicó verbalmente su decisión de no conceder el aval y, por ello, el 12 de octubre de 2016 interpuso la presente acción de tutela. En este orden de ideas, el requisito de inmediatez se encuentra acreditado, pues entre la fecha en que ocurrió la presunta vulneración de los derechos fundamentales y el momento en que se interpuso el recurso de amparo, transcurrieron aproximadamente 3 meses, término que resulta proporcionado.

Frente al caso del señor Jhon Erson Rodríguez Orobio (Expediente T-6217796), el accionante presentó un escrito ante el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” el 6 de septiembre de 2016 para que le otorgara el aval de reconocimiento cultural y le explicara “(...) las razones por las cuales, pese a ser nativo afrodescendiente, no se ha efectuado la expedición del aval pertinente dentro de los cinco días posteriores a la publicación del listado de elegibles (...)”[1]. No obstante, debido a que el consejo accionado no respondió dentro del término legal, el actor interpuso la tutela el 6 de noviembre de 2016, por lo que la Sala concluye que el requisito de inmediatez se encuentra acreditado en el presente caso, toda vez que entre el momento en que se generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales y la fecha en que se interpuso la acción constitucional, transcurrieron no más de 2 meses.

Subsidiariedad

Procedencia de la acción de tutela en el concurso de méritos de etnoeducadores

9. La Sala Plena precisa que aunque la Sentencia T-292 de 2017[114] analizó la procedencia de la acción de tutela exclusivamente respecto del acto administrativo proferido por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, que condicionó el nombramiento y posesión del etnoeducador que superó el concurso de méritos al aval del consejo comunitario, en este caso se hará un estudio más amplio, por considerar que las condiciones fácticas impiden que el análisis de subsidiariedad se reduzca a la controversia del acto administrativo planteado en esa oportunidad en tanto involucra otras actuaciones.

10. Para la Sala, el problema planteado presenta cuatro elementos interrelacionados, pero diferenciados, a saber: (i) un acto administrativo que no niega el nombramiento y posesión de un aspirante a etnoeducador que hace parte de la lista de elegibles del concurso de méritos pero lo condiciona a un requisito reglamentario; (ii) la negativa por parte de diferentes consejos comunitarios de otorgar el aval que haga efectivo el nombramiento y posesión en los cargos públicos de docentes; (iii) la justificación y reclamo de estos últimos de no otorgar el aval por la violación de su derecho a la consulta previa dentro de la convocatoria a concurso de méritos, y (iv) todo lo anterior en el contexto de la provisión del servicio público de educación étnicamente diferenciada en favor de los menores de edad que hacen parte de comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales. Se trata, entonces, de casos en los cuales no sólo se involucran actuaciones administrativas, sino también controversias acerca de la efectividad directa de los derechos fundamentales en poblaciones de especial protección constitucional. En este orden, se trata de materias de indudable relevancia constitucional.

11. Por lo anterior, la Sala considera que el examen de subsidiariedad debe adelantarse en perspectiva de la idoneidad y eficacia de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con que cuentan los etnoeducadores para controvertir actos administrativos que, aunque no negaron explícitamente su nombramiento y posesión, sujetaron la actuación al aval de los consejos comunitarios en los que se encuentra la plaza que escogieron cuando éste ya había sido negado, para de esta forma verificar su alcance frente a las demás controversias de relevancia constitucional que presentan los asuntos bajo revisión.

En este punto, la Sala debe resaltar que los problemas que analiza ahora la Corte son diferentes a los revisados en la Sentencia T-925 de 2013[115]. En esa ocasión, la Sala Segunda de Revisión conoció de una acción de tutela instaurada por varios Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del Pacífico Sur[116] en contra del Acuerdo No.282 del 2012, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual se convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos de etnoeducadores directivos docentes y docentes en el Departamento de Nariño y el Ministerio de Educación, por considerar vulnerados sus derechos al “trabajo como grupo étnico, y a las acciones de diferenciación positiva y afirmativa”, al no consultar previamente a los Consejos Comunitarios de Comunidades Negras del Pacífico.

Su reproche se dirigía, principalmente, en contra del carácter abierto del concurso de méritos, ya que cualquier persona podía participar y, por lo tanto, no existía un trato preferencial para los integrantes de las comunidades negras y, específicamente, para las personas que ocupaban los cargos que se iban a proveer en propiedad. Subrayaron que si bien se avanzó en el proceso de consulta de tal normativa con representantes de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras que eran miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras, tal comisión no tenía legitimidad para actuar en esa instancia[117].

La Sala determinó la improcedencia de la acción, de una parte, ya que algunos consejos comunitarios no lograron acreditar la legitimación por activa, al actuar mediante apoderado y, de otra, pues ésta se dirigía a controvertir un acto de carácter general, impersonal y abstracto, para lo cual procedía el medio de control de nulidad. A su vez, destacó que la controversia giraba en torno al procedimiento de adopción del Acuerdo, en razón a que no les fueron consultados sus términos, para lo cual consideró que el juez administrativo era el competente. En el mismo sentido, no constató la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la acción como mecanismo transitorio.

En estos términos, para la Sala es claro que aun cuando lo planteado en el año 2013 versa sobre la Convocatoria 238 de 2012, los problemas sometidos a consideración ahora se encuentran en un contexto diferente y son distintos. Primero, pues esa decisión es anterior a la Sentencia C-666 de 2016[118], que determinó la inconstitucionalidad diferida de la aplicabilidad del Estatuto de Profesionalización Docente para las comunidades negras,

afrocolombianas, palenqueras y raizales a partir de enero de 2018, por no haber surtido la consulta previa; y a la ya mencionada Sentencia T-292 de 2017 que resolvió un problema análogo al que se revisa en esta providencia. Segundo, en esa oportunidad se cuestionaba directamente un acto de carácter general. Tercero, no existe identidad entre las partes. Finalmente, la discusión actual, aunque compleja, versa principalmente sobre el otorgamiento del aval de reconocimiento cultural y los efectos del mismo para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de aspirantes a etnoeducadores, lo cual comprende una controversia disímil a la analizada en esa decisión.

12. Ahora bien, la idoneidad del medio de defensa debe ser valorado en cada caso concreto a fin de determinar si brinda una protección integral y plena al quebrantamiento o amenaza del derecho fundamental que se alega. Además, es necesario revisar que dicho mecanismo tenga la aptitud de brindar una solución eficaz y expedita a la situación que se analiza. De esta manera, si el mecanismo ordinario es eficaz, la tutela resulta improcedente, a menos que, se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable que imponga la protección constitucional transitoria[119].

13. En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela es improcedente. No obstante, ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de los medios de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, no son los mecanismos idóneos y eficaces para proteger los derechos de los participantes del concurso de méritos, puesto que no es un remedio pronto e integral para los aspirantes <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-180-15.htm> –_ftn6 y la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación desproporcionada de la vulneración de garantías fundamentales[120].

14. Particularmente, la Sentencia SU-913 de 2009[121] determinó que “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento

previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”. Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales de acceso a la función pública y al trabajo.

15. Con todo, esta Corporación ha insistido en que la provisión de empleos a través de concurso de méritos busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental a ocupar cargos públicos. Por esta razón, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito no sólo asegura el buen servicio de la administración pública, sino también respeta y garantiza los derechos fundamentales del concursante[122].

16. Adicionalmente, en casos de etnoeducadores también se ha admitido la procedencia de la acción de tutela, en razón a la falta de idoneidad de los mecanismos judiciales ordinarios, por involucrar la garantía de la identidad cultural de una comunidad indígena. La Sentencia T-871 de 2013[123] se estudió la acción de tutela presentada por el representante judicial de 52 educadores indígenas de la etnia Pijao contra la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, ya que dicha entidad se negaba a nombrarlos en propiedad en los cargos de etnoeducadores, aunque hubieran sido elegidos por las autoridades indígenas.

17. En relación a la procedencia, la Corte consideró que el asunto era de relevancia constitucional, lo que activaba su competencia ante una posible pérdida de autonomía o identidad cultural del grupo étnico. En otras palabras “(...) a pesar de la existencia de acciones judiciales ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa en contra del decreto 0102 de 2010, la acción de amparo resulta procedente como mecanismo definitivo debido a que éstas no resultan idóneas y eficaces en el caso concreto. Lo anterior porque el problema jurídico que se plantea se relaciona íntimamente con un asunto de innegable relevancia constitucional como es el derecho fundamental a la identidad cultural de las comunidades indígenas y dos de sus expresiones -la consulta previa y la etnoeducación- que, además, requieren de una rápida y expedita solución pues el paso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles en lo que respecta a la pérdida de la

identidad cultural de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana”.

18. En este orden de ideas, la Sala Plena encuentra que la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que: (i) las acciones judiciales contempladas en el CPACA pueden dilatar aún más la elección de los etnoeducadores, debido a la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa y el término que contempla la legislación para resolver las pretensiones de nulidad simple y nulidad y restablecimiento de derecho; pero principalmente, los problemas planteados exceden los asuntos a resolver por estos medios de control, pues la controversia: (ii) involucra la negativa de otorgar un aval por parte de consejos comunitarios de comunidades étnicas, las cuales lo justifican en la violación del derecho a la consulta previa, luego es indudable que el problema también gira en torno al respeto de los derechos de participación y consulta previa en los asuntos que involucran a comunidades étnicas; (iii) abarca la garantía del derecho fundamental a una educación de calidad de los menores de edad que se encuentran en los centros educativos en los que no han podido posesionarse los demandantes; y (iv) la acción de tutela garantiza y protege el mérito, el derecho a la igualdad y a ocupar cargos públicos de los actores. Así, las acciones de tutela interpuestas por los demandantes son el mecanismo idóneo y eficiente para la protección de sus derechos fundamentales. Así pues, los casos abordan materias de indudable relevancia constitucional respecto a la efectividad de derechos fundamentales.

19. Superada la procedencia en las acciones de tutela le corresponde a la Sala abordar los asuntos reseñados, para de conformidad con esas consideraciones, resolver los problemas jurídicos planteados.

El concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos. Reiteración de jurisprudencia

20. El artículo 40, numeral 7°, de la Constitución señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse”. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y

requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad[124]. Por el contrario, el buen éxito en la administración pública y la satisfacción del bien común dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas en las que se confía el compromiso de alcanzar las metas trazadas por la Constitución. Ello se expresa no solo en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, sino también en la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir la persona en quien recaiga la designación[125].

21. En línea con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(...) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

22. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que la carrera y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificados[126]. Además, permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes. En esa medida, dicho procedimiento asegura que la administración pública esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, lo cual contribuye a la satisfacción del interés general y el bien común.

23. De igual manera, el ingreso a los cargos públicos a través del concurso de méritos, busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo[127].

24. Asimismo, la Corte ha dicho que la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, cumple propósitos importantes que guardan una estrecha relación con los valores, fundamentos y principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

Específicamente, esta Corporación dijo que la carrera administrativa le permite “(...) al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garantizan cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo (...)”[128].

25. Con todo, es necesario señalar que, además de los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, se encuentran los nombramientos en provisionalidad en los cargos de carrera[129]. Debido a que proveer un cargo de carrera de forma definitiva requiere un procedimiento extenso, “el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad, cuando la primera no pueda verificarse”[130].

26. Entonces, la vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos de manera excepcional y transitoria “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”[131]<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-147-13.htm> – _ftn3. En este sentido, los nombramientos en provisionalidad pretenden solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas, mientras se realiza el procedimiento regular para cubrir las vacantes en una entidad determinada[132]<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-147-13.htm> – _ftn4. Este tipo de cargos gozan de una estabilidad laboral intermedia, pues el acto de retiro debe estar motivado para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales

al debido proceso, a la defensa y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público[133] de quien ocupa el cargo.

27. En conclusión, la carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público. De manera excepcional y transitoria, se pueden proveer cargos de carrera por encargo o en provisionalidad, mientras se proveen los cargos en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Los funcionarios que se encuentren en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral intermedia, pues no han superado el concurso de méritos, pero el acto administrativo que termina su vinculación debe estar motivado.

El derecho a la educación de todos los colombianos y a la etnoeducación de las personas, los pueblos y las comunidades étnicamente diferenciadas

28. El derecho a la educación se encuentra definido en el artículo 67 Superior, y en un amplio conjunto de normas contenidas en los principales tratados de derechos humanos. De acuerdo con jurisprudencia constante de la Corte Constitucional, es un derecho fundamental, debido a su innegable relación con la dignidad humana; su importancia para el constante crecimiento personal de los seres humanos, y su valor como instrumento para la satisfacción de otros derechos y bienes de relevancia constitucional, tales como la información, la cultura, el trabajo, la participación política, la seguridad social, y el mínimo vital, entre otros[134].

29. Además de ser un derecho, la educación (i) es un servicio público cuya prestación está a cargo del Estado, de conformidad con los artículos 365 a 369 de la Constitución; (ii) goza de asignación prioritaria de recursos a título de gasto social; y (iii) debe ceñirse a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad social y redistribución de los recursos en la población económicamente vulnerable. Por esas razones, (iv) la regulación y diseño del sistema educativo debe orientarse al aumento constante de la cobertura y calidad[135]. En consecuencia, la educación exige la creación de una institucionalidad y el empleo de amplios recursos por parte del Estado, de manera que es el Legislador el órgano

encargado de la definición de los elementos estructurales del sistema educativo.

30. La Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prevén un conjunto diverso de obligaciones de respeto, protección y garantía, en función de cada nivel educativo, algunas de aplicación inmediata y, otras, sujetas a un desarrollo progresivo[136].

En ese marco, la Corte Constitucional ha señalado que el núcleo esencial del derecho a la educación se encuentra en el acceso y permanencia dentro del sistema educativo y, valiéndose de la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos, concretamente, de la Observación General No. 2 del Comité DESC, ha explicado que el derecho tiene cuatro componentes estructurales:

“Como derecho y como servicio público, la doctrina nacional e internacional han entendido que la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional: (i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse”.

La educación étnicamente diferenciada o etnoeducación

31. Además del derecho a la educación, cuya titularidad recae en todos y todas las colombianas, y cuyas obligaciones mínimas varían según grupos étnicos y nivel de formación, los pueblos étnicamente diferenciados, entre los que se cuentan las comunidades indígenas, afrodescendientes, negras, palenqueras, raizales y rom, así como sus miembros, tienen el derecho a una educación adecuada a su identidad y diversidad culturales; que proteja el legado de los saberes tradicionales de las comunidades; que les permita preservar y difundir su historia, cultura, religión, en la medida de lo posible, en sus

idiomas o lenguas propias. En otros términos, un sistema que materialice, en el ámbito de la formación educativa, el Estado multicultural, pluralista y diverso, al que se refirió el Constituyente de 1991.

32. Este derecho encuentra fundamento en diversas normas de la Constitución Política y el Convenio 169 de 1989 de la OIT, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 Superior[137]. La Corte Constitucional recordó y explicó este cuerpo normativo superior, que constituye la base del derecho fundamental a la etnoeducación, en Sentencia C-208 de 2007[138], pronunciamiento en el que se basan las siguientes consideraciones.

33. De acuerdo con los artículos 10º, 68 y 70 Superiores, los integrantes de las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados tienen derecho a una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural; bilingüe, en las comunidades con tradición lingüística o idiomas propios; en igualdad de oportunidades y bajo los estándares de calidad de todos los colombianos. La Constitución establece así, en cabeza de estas comunidades y de sus miembros “el derecho a una identidad educativa especial, al imponerle al Estado el deber de brindarles un modelo de educación que responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida”.

34. Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Convenio 169 de 1989 de la OIT se refiere a la etnoeducación, primero, en su artículo 22 y, posteriormente, en los artículos 26 a 29, que integran el capítulo V del Instrumento, destinado, precisamente, al derecho a la educación de las personas y los pueblos amparados por sus disposiciones. En la decisión reiterada, la Sala Plena aludió también a estos artículos, y concluyó:

“(i) [D]ebe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) los programas y servicios de educación destinados a los pueblos [originarios] deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los pueblos étnicamente diferenciados y garantizar su

participación en la formulación y ejecución de los problemas de educación; (iv) la educación debe ser bilingüe al menos en los primeros años, lo cual significa que debe enseñarse a los miembros de las comunidades indígenas a leer y escribir en su propia lengua y en la lengua nacional; y, finalmente, (v) deberán adoptarse medidas que permitan preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y práctica de las mismas”.

35. Dos aspectos relevantes del artículo 27 del Convenio 169 de 1989 se encuentran en (i) la previsión de que los pueblos asuman, progresivamente, y en la medida de las posibilidades fácticas de cada momento histórico, la prestación autónoma del servicio (inciso 2º), así como (ii) la obligación estatal de consultar previamente a los pueblos interesados los programas y servicios de educación, destinados a responder a sus necesidades particulares, y que deben abarcar “su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales [que les correspondan]”.

Como señaló la Sala Plena en la decisión C-208 de 2007:

“[N]o cabe duda de que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia”.

36. De lo expuesto en este acápite y en el precedente, se concluye que: (i) existe un derecho fundamental para todos y todas a acceder y permanecer en un sistema educativo de calidad; (ii) este derecho, es además, un servicio público a cargo del Estado, que debe prestarse de conformidad con los principios de eficiencia, calidad y continuidad; y (iii) el concurso de méritos es, en principio, el medio indicado para la selección de los docentes, debido a que este, por una parte, asegura la calidad de la formación que recibirán los educandos y, de otra, ofrece garantías de estabilidad para quienes, gracias al mérito, acceden a un cargo público.

37. Por otra parte, (i) existe un derecho fundamental especial, de las comunidades étnicamente diferenciadas y sus miembros, de contar con un sistema educativo que

respete, proteja y preserve los aspectos constitutivos de su cultura, su idioma, sus valores, entre otros; (ii) cuya creación debe ser consultada y concertada previamente con los pueblos; en un escenario en el que, progresivamente, (iii) el Estado debe propiciar la formación de docentes de las comunidades; y (iv) contribuir a la generación de las condiciones necesarias para que los pueblos tengan autonomía para la prestación directa del servicio.

38. En conclusión, el pluralismo y la diversidad cultural son ejes axiales del Estado Social de Derecho que deben ser garantizados y respetados. Una de las manifestaciones de estos principios constitucionales es el respeto a la diversidad cultural en materia educativa, de donde surge el derecho fundamental a la educación diferenciada o etnoeducación. Este derecho se encuentra regulado en diferentes cuerpos normativos, entre los que se encuentran la Ley 70 de 1993, la Ley 115 de 1994, el Decreto Ley 1278 de 2002 (Estatuto de Profesionalización Docente) y el Decreto 1075 de 2015. Estas disposiciones establecen mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades étnicas, regulan el proceso de vinculación y elección de los etnoeducadores y fijan parámetros generales de la etnoeducación.

39. Como consecuencia de lo expuesto, surgen dos pilares básicos: el acceso a la función pública mediante el mérito y la identidad y diversidad cultural. Estos mandatos parecen entrar en tensión en el escenario constitucional que estudia la Sala Plena en esta oportunidad, caracterizado por la eventual posibilidad de que una persona que ocupa el primer lugar en el examen de conocimientos y aptitudes carezca, sin embargo, del aval de reconocimiento cultural de las comunidades. El derecho fundamental a la educación, además, presenta el tercer pilar que guiará la decisión de la Sala, que constituye la obligación perentoria de proteger la prestación del servicio educativo, para todas las personas menores de 18 años, en condiciones de continuidad, eficacia y calidad.

40. De esta manera, es posible establecer que existe una verdadera tensión entre los principios antes mencionados. Sin embargo, resulta necesario desde el punto de vista constitucional encontrar una alternativa para asegurar de manera armónica el acceso a la carrera de los mejores aspirantes; la identidad cultural y la autonomía de los pueblos; y el derecho de niños, niñas y adolescentes a recibir educación adecuada (culturalmente) y aceptable (de calidad). Así, la carrera es el mecanismo principal y preferente de acceso a

cargos docentes, pues garantiza el mérito y la igualdad, así como el derecho a la estabilidad, propio del sistema de carrera. Sin embargo, en un escenario donde todas las culturas merecen igual respeto (artículo 70 Superior), el mérito debe ser culturalmente adecuado, aspecto que exige el diálogo inter cultural con los pueblos interesados; y, finalmente, la satisfacción de ambos principios debe asegurar la prestación continua del servicio, especialmente, en lo que concierne a los niños, niñas y adolescentes; pero sólo es aceptable (en los términos del Comité DESC) una educación que respete su identidad, con calidad (derivada del mérito) culturalmente idónea.

41. El equilibrio descrito en el fundamento jurídico anterior exige, por una parte, la participación de los pueblos indígenas en los diferentes elementos de un sistema educativo étnicamente diferenciado, la cual debe darse durante todas las etapas del proceso educativo, y que se materializa en escenarios como la consulta previa de las medidas definitorias del sistema, la participación adecuada de las comunidades y pueblos en la definición de los programas, contenidos educativos y perfiles de los docentes, así como en la instancia específica del nombramiento, que, actualmente, involucra la expedición de un aval por parte de los pueblos y comunidades.

42. Actualmente, esta armonización debe construirse en un escenario donde existe una deficiencia regulativa, en la medida en que el Congreso de la República no ha desarrollado integralmente el sistema. Sin embargo, existen algunas bases legales y reglamentarias (primeros pasos hacia la eficacia del derecho), y una jurisprudencia constitucional que se ha ido definiendo en tres escenarios, ligados entre sí, pero también con ciertas especificidades: en primer término, las decisiones en las que la Corte Constitucional, en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad ha declarado que existe una omisión legislativa relativa en la creación del sistema de selección de los etnoeducadores; en segundo lugar, aquellas decisiones de tutela en las que ha decidido amparar el derecho a la estabilidad laboral de etnoeducadores que se desempeñan en las comunidades, aunque no han podido acceder a la carrera, ante la ausencia de regulación mencionada en el punto anterior; y, por último, el precedente T-292 de 2017, en el cual la Sala Tercera de Revisión planteó diversas subreglas para la solución de una controversia similar a la que abordará la Sala en esta ocasión.

43. A continuación, la Sala se referirá a la participación de los pueblos étnicamente

diferenciados, en la definición de sus sistemas de educación; y al concurso de méritos, como vía de acceso al cargo de etnoeducador; a la naturaleza del aval de reconocimiento cultural, y al precedente T-292 de 2017, Sentencia relevante para la solución del caso concreto.

El derecho fundamental de los pueblos étnicamente diferenciados a la consulta previa; y a la participación en todas las etapas necesarias para la selección de etnoeducadores

44. Los pueblos étnicamente diferenciados tienen el derecho fundamental a ser consultados, previa la adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza, que les afecten directamente. Este derecho materializa el principio de participación directa a favor de estas poblaciones y propicia su autonomía en la definición de plan de vida, su concepción cultural del mundo y los principios de vida digna que la informan.

La principal fuente normativa de este derecho se encuentra en el Convenio 169 de 1989[140], cuyos contenidos sustantivos han sido ampliamente interpretados y aplicados, en armonía con diversos mandatos de la Carta Política. Entre los principales elementos del Convenio se encuentra la participación de los pueblos en las decisiones que los afectan, principalmente, a través del derecho fundamental a la consulta previa, aunque, también, mediante otros mecanismos de concertación y diálogo.

45. Así, desde la Sentencia SU-039 de 1997[141], la Corte Constitucional estableció que la consulta previa es un derecho fundamental, cuya titularidad se encuentra en cabeza de los pueblos étnicamente diferenciados. Gracias a ulteriores decisiones y, especialmente, a la Sentencia C-169 de 2001, la Corporación explicó que, en Colombia, las comunidades negras (denominación adoptada en la Ley 70 de 1993) son también titulares de los derechos del Convenio, dado que ambos colectivos comparten una historia de vulnerabilidad y discriminación, al tiempo que defienden una identidad diversa a la de la mayoría de ciudadanos colombianos.

46. En la Sentencia SU-039 de 1997 la Corte Constitucional explicó que la consulta es un derecho fundamental, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 6º del Convenio 169 de la OIT, 2º y 40 de la Carta Política (democracia participativa y derechos fundamentales de participación, respectivamente) y 330, ibídem (facultad de las

comunidades de intervenir en las decisiones de explotación de recursos naturales en sus territorios). Para la Sala Plena, la consulta previa es un espacio de diálogo intercultural, destinado a superar la insuficiente representación democrática de estos pueblos, derivada de factores tales como el aislamiento geográfico, la pobreza, la discriminación histórica y la propia diversidad cultural, entre otros. En ese sentido, la consulta refleja una dimensión de la democracia participativa, en un escenario multicultural, como Colombia.

47. El Convenio bajo referencia alude en su artículo 6º, numeral 1º, a la consulta previa, por vía del establecimiento de tres mandatos estatales que definen y estructuran el contenido de este derecho, así:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: || a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; || b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

48. Además, con base en el numeral 2º del mismo artículo, la Sala Plena señaló, como elementos cardinales del derecho a la consulta, los principios de (i) buena fe, (ii) flexibilidad en las etapas de la consulta en beneficio de los titulares, de manera que la misma se adecúe a las condiciones particulares de la población consultada, y (iii) la finalidad de propiciar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades interesadas acerca de las medidas propuestas.

49. En la Sentencia que se reitera (SU-039 de 1997), la Corporación estableció las subreglas básicas de la consulta previa, las cuales han sido, posteriormente, reiteradas y consolidadas, como elementos necesarios para la eficacia del derecho fundamental bajo estudio.

Para empezar, señaló que la consulta no equivale a la simple divulgación de información;

que debe ser activa, de manera que las comunidades puedan, materialmente, expresar sus puntos de vista sobre la medida a adoptar; y efectiva, de modo que su posición tenga incidencia real en la decisión estatal. Explicó, en fin, que, en ausencia de acuerdo, la decisión estatal definitiva debe tomar en consideración, de manera razonable, la posición de los pueblos, compensar las eventuales afectaciones culturales, y ser proporcionada.

50. Posteriormente, en la providencia SU-383 de 2003[142], la Sala Plena amplió su comprensión sobre el derecho a la consulta previa, aludiendo al rol que desempeñó el Convenio 169 de 1989, como un paso definitivo hacia el abandono del enfoque asimilacionista o integracionista de la relación del Estado con los pueblos indígenas, hacia uno basado en el respeto por la diferencia y la maximización de la autonomía de las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados.

51. Así, mientras el enfoque previo, plasmado por ejemplo en el Convenio 107 de 1957 reflejaba una perspectiva basada en la “tutela” del Estado a los pueblos, destinada a elevar su calidad de vida hasta integrarlos al grupo mayoritario[143]; el segundo aspira a que estos tengan la posibilidad real de asumir sus prioridades, modo de vida y forma de ver el mundo, sin necesidad de asimilarse, sino en el marco de su identidad, y sin que ello implique tampoco un riesgo para su supervivencia material, sus tierras y territorios[144].

52. Gracias a esa visión, que se proyecta sobre todas las normas del Instrumento, la Corte Constitucional advirtió que la consulta no sólo satisface la participación, sino que, además, es un presupuesto de la autonomía, en tanto las comunidades pueden expresar su punto de vista y sus prioridades de desarrollo, y conjugar estas con la perspectiva mayoritaria, en un escenario de diálogo horizontal. En la Sentencia T-376 de 2012, la Corporación precisó que la consulta previa es un derecho fundamental complejo, autónomo y a la vez instrumental para la eficacia de los demás derechos de los pueblos indígenas.

53. La Sala Primera de Revisión explicó, en aquella oportunidad, que la consulta previa es, desde ese punto de vista, aquel que indaga por los propósitos y finalidades que cumple, un derecho que no se agota en la formulación del artículo 6º del Convenio 169 de 1989, sino que debe interpretarse y aplicarse con todo el conjunto de normas que, desde el mismo instrumento, propenden por la participación, la concertación y la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, frente a determinadas medidas[145].

54. Posteriormente, la Corporación desarrolló, y a la postre estructuró un conjunto de estándares y subreglas destinadas a asegurar la eficacia de este derecho fundamental, aun en ausencia del desarrollo estatutario, que corresponde realizar al Congreso de la República. La jurisprudencia en cita fue sistematizada en la Sentencia T-129 de 2011[146], y reiterada de forma continua y uniforme. A continuación, se presentan estas subreglas, tal como fueron presentadas en la reciente decisión de Sala Plena SU-097 de 2017:

“Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) 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; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes.

Reglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (vii) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (viii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (pre consulta o consulta de la consulta); (ix) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; y, (x) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (xi) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.[147]”

55. Ahora bien, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas, tanto

en las medidas susceptibles de afectarlos directamente o de forma diferencial, como en la definición del bien común a la sociedad, no es una garantía aislada, sino un elemento transversal del Convenio, en tanto condición de eficacia de su derecho a adoptar decisiones autónomas sobre su destino, sus prioridades económicas, sociales y culturales y a participar en todas las decisiones que les conciernen. En el ámbito de la etnoeducación, además de la consulta, previa la definición de los elementos del sistema, es exigible también la existencia de espacios ulteriores de concertación, diálogo y participación con los pueblos, como se puede observar en los artículos 22 y 27 a 29 del Instrumento, sobre los que se pronunciará la Sala posteriormente.

Consulta previa, participación y concertación en la etnoeducación

56. Establecido el marco general del derecho fundamental a la consulta previa, la Sala enfoca ahora su atención en los estándares determinados en el Convenio 169 de la OIT en torno a la participación de los pueblos indígenas en materia de etnoeducación, así como a los precedentes relevantes y el desarrollo legal y reglamentario, en lo pertinente, para la decisión de los casos acumulados.

57. El Convenio 169 de 1989 de la OIT tiene entre sus propósitos esenciales el de asegurar que “los Estados parte tengan en cuenta las particularidades de los pueblos indígenas y tribales interesados, a garantizar un máximo de autonomía en relación con la administración del sistema educativo y sus instituciones, y a asegurar la participación de dichos pueblos en la formulación y ejecución de las políticas en materia educativa”[148]. Para materializar este doble mandato, en el escenario de configuración del sistema de educación diferencial para los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados, el Convenio citado contiene un conjunto de disposiciones especiales, como se explica a continuación.

58. Para empezar, el artículo 22 del Convenio ordena la adopción de medidas para promover la participación voluntaria de los miembros de los pueblos en programas de formación profesional generales (inciso 1); asegurar la participación de los pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación (inciso 2); y prescribe que estos programas deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados, las cuales deben

identificarse con cooperación de los pueblos, que deben ser consultados sobre la organización y funcionamiento de estos programas y, cuando sea posible, asumir estas funciones, de forma progresiva (inciso 3º).

59. A su turno, el Capítulo V del convenio citado contiene un conjunto de disposiciones específicamente previstas para la satisfacción del derecho a la etnoeducación.

El artículo 26 ordena la adopción de medidas para que los miembros de los pueblos interesados accedan a la educación en todos los niveles, al menos, en pie de igualdad con el resto de la comunidad.

El artículo 27 dispone que debe garantizarse la consulta con los pueblos, previa la implementación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos, e impone a los Estados el deber de velar por los programas y servicios de educación que se prestan a los pueblos indígenas y tribales, de manera que se desarrollen en cooperación con ellos, a fin de responder a su diversidad, necesidades particulares, historia, conocimientos tradicionales, sistemas de valores y demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Específicamente, respecto de la formación de docentes señala “la autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación (...)”.

60. Este conjunto de disposiciones deja en claro que las personas pertenecientes a los pueblos indígenas tienen derecho a la educación en igualdad de condiciones. Además, tienen derecho a la creación de planes de educación especiales; a un servicio educativo que respete y propicie la protección de las diversas culturas; y a participar, bajo distintas formas, incluida la consulta previa, en la definición de las reglas generales, en la creación de los contenidos, en la implementación y puesta en marcha de estos programas; y en el ejercicio mismo de la docencia; todos, elementos relevantes para la solución de los problemas jurídicos planteados.

61. Los principios constitucionales, incluido el marco normativo del Convenio 169 de 1989, en torno a la educación étnicamente diferenciada, han sido desarrollados en diversas disposiciones de jerarquía legal y reglamentaria. Sin embargo, como lo ha evidenciado la Corte en las dos Sentencias de control abstracto de la línea jurisprudencial reiterada en esta oportunidad, el Congreso aún no ha diseñado una regulación integral del sistema,

consultada previamente con los pueblos interesados.

62. Con todo, las normas existentes en los planos legal y reglamentario, son relevantes, no sólo porque constituyen los primeros pasos hacia el cumplimiento del Convenio, sino, además, porque, en virtud del principio de progresividad, constituyen mínimos asumidos por el Estado colombiano, hacia una regulación integral futura, razón por la cual la Sala expone a continuación su contenido.

63. Así pues, en el plano legal y reglamentario existen diferentes disposiciones que salvaguardan el derecho de las comunidades étnicas a tener una educación diferenciada. La Ley 70 de 1993[149] tiene como finalidad establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras como grupo étnico, así como el fomento de su desarrollo económico y social. El artículo 32 contempla acciones que garantizan el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales, y obliga a las autoridades competentes a adoptar “las medidas necesarias para que en cada uno de los niveles educativos, los currículos se adapten a esta disposición”. El artículo 42 radica en cabeza del Ministerio de Educación Nacional la formulación y ejecución de una política de etnoeducación para las comunidades negras y estipula la creación de una comisión pedagógica que asesore dicha política con representantes de las comunidades.

64. De igual manera, la Ley 115 de 1994[150] define la etnoeducación, como la educación que se imparte a los grupos étnicos, con el respeto a sus creencias y tradiciones. Específicamente, el artículo 55 de dicha ley sostiene que “se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones”. Igualmente, el artículo 56 de esta normativa dispone que la etnoeducación debe guiarse por los principios de integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad, y debe cumplir la finalidad de “afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura”.

65. En relación con ello, esta Corte ha sostenido que la etnoeducación es un derecho fundamental con enfoque diferencial, ya que garantiza la educación a cada comunidad o grupo étnico nacional, basada en el “reconocimiento y respeto de la diversidad e identidad étnica y cultural”[151]. De esta manera, la etnoeducación constituye un mecanismo que permite salir de la exclusión y discriminación y hace posible la conservación y el respeto de “sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos”. Por tal motivo, su titularidad se radica tanto en cabeza de los miembros de la comunidad individualmente considerados, como de la misma comunidad, en su calidad de sujeto jurídico colectivo[152].

66. Respecto de la selección de los educadores en las comunidades étnicas, el artículo 62 de esta ley indica que el Gobierno Nacional debe concertar con los grupos étnicos la elección de los educadores que laboren en sus territorios. En todo caso, determina que este procedimiento debe realizarse bajo los siguientes parámetros: (i) debe darse prevalencia a los educadores que trabajen en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados; (ii) los educadores deben acreditar formación en etnoeducación; y (iii) poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna; finalmente (iv) deben dominar el castellano.

67. En esta misma línea, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 804 de 1995 y 2249 de 1995. El primero de ellos establece parámetros generales que regulan la etnoeducación, la cual es “un compromiso de elaboración colectiva, donde los distintos miembros de la comunidad en general, intercambian saberes y vivencias con miras a mantener, recrear y desarrollar un proyecto global de vida de acuerdo con su cultura, su lengua, sus tradiciones y sus fueros propios y autóctonos”.

Para garantizar lo anterior, los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados con sujeción a sus usos, costumbres y el grado de compenetración con su cultura, prefiriéndose a los miembros de las mismas comunidades quienes serán elegidos a través de un concurso de méritos (artículos 11 y 13). En todo caso, el proceso de formación de etnoeducadores se rige por las orientaciones que sobre el particular señale el Ministerio de Educación Nacional, acorde con los programas creados y desarrollados por la Nación en coordinación con los entes territoriales previa concertación con las comunidades étnicas (artículos 5, 6 y 8).

68. El segundo de los decretos referidos crea la Comisión Pedagógica Nacional adscrita al Ministerio del Interior, que se encuentra integrada, entre otros, por delegados del Gobierno Nacional, representantes de la Costa Atlántica y del Distrito de Bogotá así como por delegados de cada uno de los departamentos de Chocó, Nariño, Valle del Cauca, Cauca, Antioquia y San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Se exige que los elegidos cuenten con reconocimiento en experiencia organizativas y etnoeducativas en sus territorios (artículos 1 y 2) a fin de “asesorar la elaboración, formulación y ejecución de políticas de etnoeducación y la construcción de los currículos correspondientes para la prestación del servicio educativo, acorde a las necesidades, intereses o expectativas de las comunidades negras” (artículo 4). Además de ello, la comisión debe orientar sus funciones hacia la elaboración de políticas, planes y proyectos para la educación a todos los niveles, que responda al fortalecimiento de la identidad cultural.

69. La consagración de estas normas busca el reconocimiento de la diferencia y la preservación de las diversas expresiones de tradiciones ancestrales provenientes de comunidades étnicas. De esta forma, se persigue la consolidación de cierta autonomía en relación con la administración del sistema educativo y sus instituciones y, principalmente, la participación de dichos pueblos en la formulación y ejecución de las políticas públicas existentes en la materia.

70. Para asegurar que las comunidades tradicionales gocen efectivamente de autonomía y conserven su identidad en el marco de una educación especial y diferenciada que enseñe su historia, lengua, creencias y valores, el ordenamiento jurídico contempló el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros a la carrera docente. En esa medida, el Decreto Ley 1278 de 2002 define y regula lo referente a la profesionalización de la educación, la función docente, los docentes, los directivos docentes y, concretamente, todo lo relacionado con el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal, requisitos y procedimientos que se deben seguir (arts. 1º a 10º). En relación con esto último, dispone que el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal “es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y

se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal” (art. 8º).

71. Como quiera que el concurso de méritos constituye la forma de ingreso al servicio educativo estatal, el precitado estatuto ordena que en caso de no existir la respectiva lista de elegibles, la entidad territorial certificada debe proceder a convocar a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual tendrá que realizarse de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional (art. 9º). Al respecto, se debe resaltar que en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 9º del Decreto 1278 de 2002, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3238 de 2004, “por el cual se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación”. En este Decreto se aclara que los concursos para la provisión de cargos necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, “se regirán por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional” (art. 1º-2). De igual manera, se precisa que para el caso de los docentes y directivos de establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas o en territorios colectivos afrocolombianos que atienden estas poblaciones, la ubicación de los aspirantes que aprueben el concurso y que vayan a ser nombrados en periodo de prueba se realizará previa concertación con las comunidades (art. 1º-parágrafo).

72. Sin embargo, como se ha indicado, estas normas distan de ser una regulación integral sobre el sistema de selección y nombramiento de docentes, y sobre los contenidos mínimos que debe satisfacer el Estado para asegurar una educación acorde con los estándares generales de aceptabilidad (o calidad), y adecuada culturalmente. A continuación, la Sala recogerá lo expresado en las principales decisiones en que ha constatado ese vacío, y sus consecuencias.

La necesidad de una regulación integral del concurso de méritos para el acceso a las plazas docentes profesoraes en comunidades y pueblos étnicamente diferenciados. Reiteración de jurisprudencia

73. En la Sentencia C-208 de 2007[153], la Sala Plena analizó la constitucionalidad del

Estatuto de Profesionalización Docente (Decreto Ley 1278 de 2002)[154], a raíz de una demanda que cuestionaba la constitucionalidad de su aplicación a maestros y directivos docentes de establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas. El demandante, integrante de una comunidad indígena nasa, sostenía que la adopción del Decreto desconocía la realidad e identidad de los pueblos indígenas, y vulneraba diferentes preceptos constitucionales[155], dado que los interesados no fueron consultados previa su expedición.

74. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma, considerando que resulta acorde a la Carta Política que los cargos para docentes se provean por concurso; pero condicionó la validez de la norma a que se entienda que esta no es aplicable en los pueblos indígenas, pues ello desconocería su derecho a un sistema de educación respetuoso de la diferencia cultural. En consecuencia, exhortó al Congreso de la República para que expidiera la Ley especial en la materia; pero dispuso que, para evitar el vacío normativo que suponía la omisión legislativa constatada, hasta la expedición de la ley especial, este debía ser colmado con las disposiciones contenidas en la Ley General de Educación y las normas complementarias.

75. De acuerdo con la Sentencia citada (C-208 de 2007), el ingreso, acceso y retiro de docentes y directivos docentes para las comunidades indígenas no puede estar regulado de la misma forma que para el resto de la población docente pues, en virtud del reconocimiento a la diversidad cultural, estas disposiciones deben ajustarse “a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional” para que así respondan “a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida”.

76. En consecuencia, la incompatibilidad del referido Decreto con la Carta Política no devendría del hecho de regular el acceso al servicio educativo estatal mediante el sistema de carrera por concurso de méritos, sino de la inexistencia de una regulación especial sobre la vinculación al servicio de docentes y directivos docentes indígenas, acorde con sus diversas manifestaciones culturales.

77. La Corporación advirtió que lo expuesto no liberaba a los docentes y directivos docentes de las comunidades étnicamente diferenciadas de la obligación de someterse al concurso público de méritos, siempre y cuando los requisitos y condiciones de estas

convocatorias fueran producto de una concertación o consulta previa con las comunidades, con el fin de responder a sus necesidades particulares. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cuerpo normativo acusado desconoció el derecho de los pueblos indígenas a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollaran con su participación y concertación previa.

78. Así, la Sala Plena reiteró que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones estatales, cuando éstas afectan directamente sus intereses, derechos y cultura deben desarrollarse “dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”[156].

79. En interpretación de los mandatos contenidos en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, concluyó que la consulta, previa la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos, es un derecho fundamental que debe respetarse y satisfacerse antes del desarrollo de cualquier medida legislativa o administrativa que pretenda adoptar el Estado en la materia; medidas que, además, deben tomar en consideración las particulares condiciones de las distintas comunidades y pueblos concernidos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia. No obstante, el Congreso de la República, no ha proferido el estatuto especial mencionado, lo que ha generado incertidumbre sobre el escalafón docente al cual se deben vincular los educadores étnicos.

80. El problema de la vinculación de los profesores de las comunidades y pueblos indígenas fue resuelto, de manera temporal, nombrándolos en provisionalidad, conforme a la Directiva Ministerial 02 del 18 de febrero de 2008. Pero la incertidumbre normativa ligada a esta situación de interinidad en su relación laboral con el Estado también incide negativamente en la eficacia de bienes superiores, pues ha impedido que los docentes adquieran la estabilidad laboral propia de los cargos proveídos en propiedad, lo que dio lugar a diversas acciones de tutela, en procura de protección a la estabilidad laboral de estos docentes, como se pasa a explicar.

81. En la Sentencia T-907 de 2011[157] la Corte protegió los derechos de algunos docentes que prestaban sus servicios en resguardos de Cauca, Córdoba y Sucre y ordenó su nombramiento en propiedad, en la medida en que hubieren sido nombrados en provisionalidad en concertación con las autoridades del resguardo donde van a prestar sus servicios y de conformidad con sus usos y costumbres. Sin embargo, las órdenes impartidas no vincularon a los docentes al escalafón docente, puesto que el mismo se encuentra consagrado en el Decreto 1278 de 2002.

83. Así mismo, la Sentencia T-379 de 2011[160] protegió los derechos colectivos de la comunidad indígena Quillacinga de El Encano, en la medida en que el Municipio de Pasto retiró del servicio a algunos docentes que prestaban sus servicios en dicha comunidad. En aquella ocasión, la Corte ordenó al Municipio nombrar nuevamente a los docentes. Sin embargo, ordenó su vinculación en provisionalidad y no en propiedad. Al respecto, la Corte sostuvo que el régimen temporal establecido en la Sentencia C-208 de 2007[161] ha presentado algunos problemas en su aplicación. En este sentido, señaló:

“La Sala advierte que se han presentado dificultades en la aplicación del régimen temporal descrito en aquellas instituciones educativas que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia.”

84. En la Sentencia T-049 de 2013[162] la Sala Novena de Revisión estudió dos acciones de tutela presentadas por los Gobernadores de los Cabildos Indígenas Yanacona y Guambía, en representación de los docentes que laboraban dentro de sus territorios ancestrales. En la tutela se alegaba la violación de los derechos fundamentales a la autonomía y libre determinación de los pueblos étnicos; a la no intervención estatal en la esfera del gobierno indígena; a guiarse por sus usos y costumbres, y a la protección de su identidad cultural, mediante una educación especial o etnoeducación, debido a la negativa de la Secretaría de Educación de nombrarlos en propiedad, a pesar de pertenecer a los territorios colectivos correspondientes, y de que desarrollen sus labores, en provisionalidad, durante varios años.

En esta Sentencia, la Sala Novena se refirió a los componentes mínimos para la garantía del derecho a la etnoeducación, a partir de la Carta Política y el Convenio 169 de 1989 de la

OIT[163]; enfatizó en la necesidad de asegurar la participación de los pueblos en la formulación y ejecución de las políticas y programas educativos que respeten y desarrollen su identidad cultural; y retomó las palabras del entonces Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el sentido de que se requiere que las comunidades étnicas “puedan participar libremente en todas las etapas de planeación, diseño, implementación y evaluación de estas reformas [a la etnoeducación]” [Énfasis añadido]. Advirtió, además, que mediante la Sentencia C-208 de 2007[164] se reconoció que “la participación y cooperación de los grupos étnicos en los programas y servicios de educación a ellos destinados es ‘el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional’”.

La Sala citada indicó que, mientras se adelantaba y culminaba la consulta previa que debía realizarse en orden a expedir el Estatuto Docente para Etnoeducadores, de acuerdo con la orden proferida en la Sentencia C-208 de 2007[165], resultaba imprescindible nombrar en propiedad a los accionantes, previa concertación con sus comunidades, ya que la garantía del derecho a acceder a cargos públicos de forma definitiva es de aplicación inmediata y no está sujeta a más condiciones que el cumplimiento de los requisitos existentes al momento en que el ciudadano aspiró a ingresar al cargo. Dijo además la Sala Novena que así se materializa el derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas; la diversidad e identidad étnica y cultural, y la etnoeducación.

85. Así las cosas, la omisión legislativa relativa de la carrera especial para etnoeducadores, y los demás elementos propios de la prestación del servicio, ha generado diversos conflictos, en sede de tutela, derivados de la inestabilidad en el empleo de los educadores, y del riesgo en la eficiencia y continuidad en la prestación del servicio, peligro que atenta, especialmente, contra los niños, niñas y adolescentes de los pueblos interesados.[166]

86. Nueve años después de la Sentencia C-208 de 2007[167], la Sala Plena asumió una vez más el debate sobre el ingreso por concurso a los cargos de docentes, en el marco de la etnoeducación. En la Sentencia C-666 de 2016[168] la Corporación se pronunció sobre una demanda presentada contra el Decreto Ley 1278 de 2002, “Por el cual se dicta el Estatuto

de Profesionalización Docente”, esta vez en el caso de las comunidades negras, raizales y palenqueras, e insistió en la necesidad de que su relación con el Estado se rija por un régimen jurídico estable y de orden legal, y no por una relación de naturaleza reglamentaria que los ubicaba en un ‘limbo jurídico’, incompatible con la aspiración de estabilidad en sus empleos.

87. La acción pública estudiada en aquella ocasión fue presentada por el Representante Legal del Palenque Urbano Afrocolombiano de Tumaco[169], quien solicitó la declaratoria de exequibilidad condicionada del citado cuerpo normativo, con base en dos cargos: primero, por omisión legislativa relativa, debido a que el Estatuto de Profesionalización Docente (Decreto Ley 1278 de 2002) no hizo mención alguna a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras dentro de su ámbito de aplicación. Segundo, por violación al derecho fundamental a la consulta previa, porque la norma acusada no fue consultada a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras al momento de su implementación[170].

88. Al evaluar la aptitud sustantiva de la demanda, la Corporación consideró que únicamente resultaba procedente un pronunciamiento de fondo por la presunta omisión legislativa relativa, y descartó el cargo por desconocimiento de la consulta previa, debido a que el demandante pretendía una declaración semejante a la proferida en la ya citada C-208 de 2007[171], es decir, que se excluyera de su ámbito de aplicación a las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, para propiciar la expedición de una reglamentación especial. En otros términos, discutía el ámbito de aplicación del decreto objeto de análisis, y su preocupación podría entenderse de dos maneras distintas.

89. De acuerdo con los argumentos del demandante, la Corte debería declarar la exequibilidad condicionada, de forma análoga a la Sentencia C-208 de 2007[172], es decir, en el sentido de declararla ajustada a la Carta Política, siempre que no se aplicara a las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales, cuya situación debería ser objeto de una regulación especial.

Al estudiar el fondo del asunto, consideró la Corte que, en virtud de la existencia de una obligación legalmente definida, contenida en el Convenio 169 de 1989, y reproducida en la

Ley 70 de 1993, resultaba necesario inferir que el Legislador tuvo la intención de dictar estas normas sin incluir dentro de sus destinatarios a los pueblos étnicamente diferenciados, frente a los cuales debía dictar un cuerpo normativo especial.

90. La Corporación recordó que el Estado tiene la obligación de garantizar que las comunidades étnicamente diferenciadas participen en la formulación y ejecución de los programas de educación. Igualmente, señaló que de acuerdo con el artículo 22.1 del Convenio 169 de la OIT, éste es un derecho de carácter progresivo, conforme al cual la responsabilidad en la planificación y materialización de los programas educativos con la intervención de los grupos tradicionales debe ser cada vez mayor, para que los pueblos interesados cuenten con un sistema educativo que respete y responda a sus necesidades particulares, historia, conocimientos y técnicas, sistemas de valores y demás aspiraciones sociales, económicas y culturales[173].

91. Indicó que existe una relación inescindible entre la autonomía en materia educativa y la preservación de las culturas negras, raizales, afrocolombianas y palenqueras; y explicó que la educación, “vista tanto desde su aspecto formal como no formal, constituye un medio de reproducción de la cultura. En ese orden de ideas, el deber de garantizar la autonomía en materia educativa es una de las maneras como el Estado reconoce y protege la diversidad cultural y las riquezas culturales de la Nación, cumpliendo con ello los deberes establecidos en los artículos 7 y 8 de la Constitución Política, y desarrollando, así mismo, el principio de pluralismo en el que se funda la identidad nacional”. En el mismo sentido, destacó que el artículo 68 Superior reconoce esta relación entre educación e identidad cultural, como una garantía para todos los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados, quienes tienen derecho “a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”.

92. Posteriormente, resaltó que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en el marco del Convenio 169 de la OIT exige concebir a estas poblaciones como sujetos colectivos capaces de gestionar sus procesos de formación y de lograr el desarrollo de su potencial de manera autónoma; y mediante la participación en el diseño y desarrollo de sus propias políticas, instituciones, contenidos y procedimientos educativos[174].

93. Sin embargo, a pesar de la necesidad constitucional y social de semejantes reglas, la

Corte consideró que no existía en ese momento una regulación integral de las relaciones entre los docentes que trabajarán en territorios afrocolombianos, negros, raizales o palenqueros y el Estado. Ni el Decreto Ley 1278 de 2002, “Por el cual se dicta el Estatuto de Profesionalización Docente”, la Ley 115 de 1994, “Por la cual se expide la ley general de educación” y la Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” constituyen una reglamentación diferencial del sistema de vinculación, evaluación y ascenso de los etnoeducadores. Esta última, en su artículo 42 se refiere a este aspecto y únicamente dispone que “el Ministerio de Educación formulará y ejecutará una política de etnoeducación para las comunidades negras y creará una comisión pedagógica, que asesorará dicha política con representantes de las comunidades”, lo que demostró la omisión legislativa denunciada.

94. En ese orden de ideas, en la Sentencia citada (C-666 de 2016[175]) la Sala reiteró el precedente de la Sentencia C-208 de 2007[176], en la cual se declaró la exequibilidad condicionada del Decreto Ley 1278 de 2002, en el sentido de que no sería aplicable a los pueblos indígenas, por ser titulares del derecho a una regulación integral del sistema de vinculación, evaluación y ascenso de los docentes indígenas, aunque modificó el alcance de la decisión.

Modificación en el remedio judicial (C-666 de 2016[177])

95. Como se indicó, en la Sentencia C-208 de 2007[178] la Corte integró temporalmente el ordenamiento jurídico, es decir, colmó el vacío mencionado con las disposiciones de la Ley 115 de 1994 (General de educación) y con otras normas de carácter reglamentario, con la aclaración que estas serían aplicables mientras el Legislador dictaba una regulación integral.

96. En la Sentencia C-666 de 2016[179], la Sala Plena se apartó de ese remedio judicial (es decir del fallo integrador). Explicó que la decisión de 2008 dio lugar a cierta inestabilidad, que se reflejó en la presentación de acciones de tutela de docentes que aspiraban a ser nombrados en propiedad, para así acceder a los beneficios propios de la carrera, como etnoeducadores, y recibían la negativa de las entidades competentes.

97. Así, con el propósito de evitar la afectación de diversos derechos fundamentales, entre los cuales destacó la estabilidad laboral de los docentes; y la continuidad y eficiencia en la

prestación del servicio para los niños de las comunidades étnicamente diferenciadas, en riesgo por la inacción del Congreso de la República, resultaba más adecuado declarar la constitucionalidad condicionada del inciso primero del artículo 2º del Decreto Ley 1278 de 2002, en el sentido de que no resultaría aplicable “a los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y a aquellas ubicadas en sus territorios”, aunque difirió durante un año los efectos del fallo para que, durante ese lapso, el Legislador expidiera una normativa con fuerza de ley en la que se regularan, de manera integral, las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios en las comunidades antes referidas.

98. La Corte estimó que con la decisión diferida se evitarían daños en la autonomía e integridad cultural de las comunidades, e insistió en la necesidad de que el Legislador expida el ordenamiento citado, previa consulta con los pueblos y comunidades interesadas. No obstante, se debe precisar que las normas referidas se encontraban vigentes al momento de llevar a cabo la Convocatoria No. 238 de 2012, respecto a la cual surge la controversia en este caso. Luego las mismas eran aplicables al ingreso por concurso a los cargos de docentes, en el marco de la etnoeducación, en el Departamento de Nariño.

Conclusión

99. Las Sentencias C-208 de 2007[180] y C-666 de 2016[181] coinciden entonces en sus fundamentos, aunque varían, en el alcance de las decisiones. Así, la primera decidió dictar una Sentencia modulada, destinada a colmar temporalmente el vacío con las normas generales en materia de educación; la segunda, mantuvo esa orientación, pero únicamente por un año, pues únicamente una regulación integral del sistema de carrera especial para los pueblos étnicamente diferenciados, en un compendio normativo que está cobijado por reserva de ley, y bajo la consulta de los pueblos, puede allanar el camino hacia la eficacia plena del derecho fundamental a la etnoeducación. Sin embargo, como se dijo, dichas normas estaban vigentes al momento de aplicarse para la Convocatoria No. 258 de 2012.

100. En una lectura transversal de las normas superiores (constitucionales y del Convenio 169 de 1989) mencionadas y la jurisprudencia dictada en este ámbito, es necesario concluir que la etnoeducación es un derecho en el que, de forma progresiva, deben crearse las

condiciones necesarias para que las comunidades y pueblos étnicamente diferenciados asuman directamente la prestación del servicio, y para que los docentes de las comunidades accedan, de forma preferente a las plazas disponibles en este ámbito.

101. En la medida en que esta pretende una formación adecuada a la diferencia cultural, en un escenario donde todas las culturas que habitan el territorio se consideran igualmente valiosas (artículo 70), la única forma de alcanzar este propósito y, por lo tanto, materializar de manera plena el derecho, es a través del diálogo intercultural entre las autoridades estatales y los pueblos interesados. La consulta previa constituye la principal instancia de diálogo entre estos pueblos y la sociedad mayoritaria, y es aplicable (i) frente a toda medida legislativa, administrativa o de otro tipo susceptible de afectarlas directamente (regla general) y (ii) al momento de definir los elementos del sistema educativo étnicamente diferenciado (regla especial).

102. Sin embargo, la participación de los pueblos y la consulta previa son derechos que presentan notable complejidad, y que se materializan de diversas maneras. Por eso, como lo prevé el Convenio 169 de 1989 y lo ha expresado la Corte Constitucional, la participación debe darse a lo largo de todo el proceso destinado a la satisfacción del derecho a la etnoeducación.

103. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha puntualizado que los aspectos estructurales de este sistema, incluido el método de selección e incorporación de etnoeducadores debe ser consultado previamente con las comunidades. Sin embargo, añade la Sala, además de la consulta de las leyes que definan en un plano general esos aspectos (general, en el sentido de cobijar a todos los pueblos y comunidades étnicamente diferenciados) deben existir diversas instancias participativas en los demás momentos o instancias que deben agotarse, antes del nombramiento de etnodocentes.

Etapas del concurso de méritos vigente para etnoeducadores

104. Con base en lo anterior y hasta que el Congreso de la República expida una reglamentación especial, el Estatuto de Profesionalización Docente (Decreto Ley 1278 de 2002) regula las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, quienes deben someterse al concurso de méritos para materializar su ingreso, ascenso y retiro. Este último aspecto se

encuentra expresamente regulado por los Decretos 3323 de 2005[182] y 140 de 2006[183] los cuales fueron compilados en el Decreto 1075 de 2015[184] cuyo contenido abarca en forma unitaria las reglamentaciones del Sector Educación. Así, se reitera que a pesar de que la Sentencia C-666 de 2016 declaró “exequible el inciso primero del artículo 2º del Decreto Ley 1278 de 2002, “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y a aquellas ubicados en sus territorios” con efectos diferidos por un año, dichas normas estaban vigentes y produciendo efectos para esta población en el desarrollo de todas las etapas de la actual controversia.

105. Dichas disposiciones establecen los diferentes parámetros, requisitos y etapas que conforman el concurso de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes etnoeducadores con la participación de la Comisión Pedagógica Nacional para las Comunidades Negras (CPN) o por quien la entidad territorial certificada designe. Señalan concretamente que la selección está sometida a un proceso previo que comprende: (i) la realización de una convocatoria; (ii) la inscripción y publicación de admitidos a las pruebas; (iii) la realización de una prueba integral etnoeducativa encaminada a medir el conocimiento de los aspirantes en “los saberes básicos y específicos de dichos pueblos, concretamente en los aspectos de territorialidad, culturas locales, inter culturalidad, organización social, historia, relaciones interétnicas y diálogo de saberes, así como en los principios de etnoeducación, pedagogía, derechos y legislación etnoeducativa básica”; (iv) la publicación de los resultados de la prueba integral etnoeducativa; (v) la valoración de antecedentes y entrevista[185], (vi) la conformación y publicación de las listas de elegibles; y (vii) el nombramiento en período de prueba (artículos 3º y 9º del Decreto 3323 de 2005 y artículos 1º al 5º del Decreto 140 de 2006).

107. En el caso objeto de estudio se presentan precisamente dos interrogantes relacionados con la participación de los pueblos indígenas. Primero, la pregunta de si la Convocatoria No. 238 de 2012 debió ser consultada previamente; y, segundo, el alcance del aval de reconocimiento cultural que corresponde otorgar o negar a los consejos comunitarios de comunidades negras. Ambos problemas fueron tratados en el precedente T-292 de 2017[186], que se aborda a continuación.

108. En la Sentencia T-292 de 2017[187] la Sala Tercera de Revisión estudió un problema jurídico similar, en sus hechos materiales, al que hoy debe decidir la Sala Plena. Esta Sentencia es, entonces, un precedente relevante en este trámite, razón por la cual se hará una descripción amplia del mismo y se tomará en consideración su alcance al momento de resolver el problema jurídico, sin perjuicio de la facultad de la Sala Plena de modificar, aclarar, complementar o precisar las subreglas establecidas en esa oportunidad, bajo parámetros de transparencia argumentativa.

109. En esa oportunidad, la accionante explicó que se presentó a la Convocatoria No. 238 de 2012, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con la finalidad de proveer empleos públicos de carrera, para docentes y directivos docentes para la población afrodescendiente, negra, raizal y palenquera (es decir, la misma Convocatoria aludida en los expedientes acumulados). Señaló que fue admitida para realizar la prueba de conocimientos dentro del concurso; que superó la etapa de entrevistas, y que resultó ubicada en la casilla 110 del listado de elegibles, para ocupar 336 vacantes de etnoeducadores, en el nivel básica primaria y en instituciones educativas oficiales del Departamento de Nariño.

110. Expuso que, posteriormente, la Secretaría de Educación Departamental citó a audiencia pública a quienes conformaban la lista de elegibles para que seleccionaran los establecimientos en los que deseaban prestar sus servicios, evento en el que aclaró a los interesados que, para ser nombrados y tomar posesión de los cargos respectivos, debían aportar el aval de reconocimiento cultural, expedido por los consejos colectivos respectivos. La peticionaria solicitó el aval, el cual le fue negado por el Consejo Comunitario “Río Sanquianga” del Municipio Olaya Herrera, de Nariño, a fin de desempeñarse como docente en el Centro Educativo “La Loma”.

111. El Consejo mencionado informó a la accionante que no se avalaría su nombramiento, por no ser oriunda del territorio, por no representar, en consecuencia, la cultura y tradiciones de la comunidad; y porque la convocatoria se efectuó sin previa consulta con la comunidad.

En tal escenario, la peticionaria solicitó a la Secretaría de Educación una solución definitiva,

que le permitiera ejercer su cargo como docente. La autoridad departamental expresó que su petición resultaba improcedente, pues el aval de reconocimiento cultural es una exigencia legal para el acceso al cargo, conocida por todos los interesados en desempeñarse como etnoeducadores, y sin el cual resultaba imposible acceder al nombramiento en período de prueba. Acudió entonces a la acción de tutela, con el fin de obtener amparo a sus derechos fundamentales a la igualdad, el acceso al trabajo y el debido proceso.

112. Para solucionar la controversia, la Sala Tercera recordó que la protección que el Estado brinda a la diversidad cultural incluye el derecho a una educación especial y diferenciada.

Con base en estas consideraciones, la Sala Tercera concluyó que la Secretaría de Educación Departamental de Nariño no vulneró los derechos fundamentales de la accionante al abstenerse de posesionarla en el cargo de etnoeducadora, a fin de hacer efectivo su nombramiento en periodo de prueba, por haber superado las etapas previas del concurso de méritos y encontrarse dentro de la lista de elegibles, porque la ciudadana debía aportar el aval de reconocimiento cultural, en tanto exigencia legal de la que dependía su acceso al cargo público. Y, en ausencia de este requisito, el ente territorial no podía actuar en contravía de las normas que regulan el concurso de méritos para etnoeducadores, suplantando una competencia exclusiva del Consejo Comunitario respectivo.

113. En relación con el ente comunitario, la Sala Tercera señaló que este tenía la facultad de conceder o negar el aval, pero, en la segunda hipótesis, con fundamento en consideraciones objetivas, plasmadas por escrito. En el caso objeto de estudio, el Consejo negó el aval, primero, porque la accionante no pertenecía a la comunidad y no representaba las tradiciones y culturas de la comunidad; y, segundo, porque la Convocatoria No. 238 de 2012 no fue consultada previamente con los pueblos indígenas.

114. Una vez definido el alcance del aval, la Sala Tercera explicó que, en ausencia de causales objetivas que funden la negativa del aval al docente de la lista de elegibles, el respectivo consejo comunitario debe concederlo, a fin de que la Secretaría de Educación proceda al inmediato nombramiento del aspirante en periodo de prueba, para evitar que un instrumento de participación de las comunidades colectivas se convierta en un obstáculo

para garantizar el acceso efectivo a la educación de los niños y niñas de estos pueblos, sobre quienes recae una protección constitucional reforzada y para quienes la educación “constituye el principal medio para salir de la pobreza” y “transmitir a las nuevas generaciones su cultura, conservando sus tradiciones e impidiendo su desaparición”.

115. Después de recordar el derecho de los pueblos a la existencia de programas y servicios de educación con un contenido especial, acorde a sus necesidades, previamente concertado con las comunidades (Capítulo V del Convenio 169, ya citado), manifestó que el Estado tiene el deber de permitir la participación de las comunidades en el desarrollo de la política de etnoeducación, y que, en el caso estudiado, esta se refleja en la realización del concurso de méritos para docentes etnoeducadores, gracias a dos mecanismos:

116. Primero, la participación a cargo de la Comisión Pedagógica Nacional, adscrita al Ministerio del Interior, e integrada por delegados del Gobierno Nacional y delegados de 6 Departamentos del país en los que habitan comunidades colectivas[188], entre otros miembros, quienes deben representar la identidad de sus territorios para contribuir al desarrollo de su función principal, consistente en diseñar en conjunto con el ICFES, el contenido de la prueba integral etnoeducativa. Segundo, el aval de reconocimiento cultural, en cabeza de los consejos comunitarios, instrumento que permite a cada comunidad afrocolombiana, negra, raizal y palenquera, participar en el concurso, con la verificación de que los elegidos para las vacantes en los territorios comunitarios posean los conocimientos y capacidades suficientes para transmitir y preservar la identidad cultural de la comunidad en la que pretenden desempeñarse como etnoeducadores, previo su nombramiento en período de prueba.

“[E]l aval de reconocimiento cultural también constituye un instrumento a través del cual se le permite a cada comunidad afrocolombiana participar, en el marco de un concurso de méritos de etnoeducadores, para que los consejos comunitarios de esas comunidades negras, dentro de la última etapa de concurso de méritos -nombramiento en período de prueba-, verifiquen que los elegidos para las vacantes en los territorios comunitarios posean los conocimientos y capacidades suficientes para transmitir y preservar la identidad cultural de la comunidad en la que van a desempeñar su labor como etnoeducadores”.

117. La Sala aclaró que el aval es un documento emitido por la máxima autoridad de

administración interna de la comunidad negra: el Consejo Comunitario, por el cual certifica que el docente cuenta con idoneidad para preservar la identidad cultural de esa comunidad, en el ejercicio de su trabajo. El documento, en consecuencia, hace parte del concurso, pues de este depende el acceso a un cargo público: “tal documento se erige en un requisito que permite acceder a la última etapa del concurso de méritos de etnoeducadores, pues de aquel depende el acceso a un cargo público, ya que en caso de que tal aval no sea otorgado, la entidad territorial no puede proceder al nombramiento del elegido en periodo de prueba”.

118. La Sala Tercera descartó la validez del argumento relativo a la ausencia de consulta, pues la participación de la comunidad colectiva en el concurso de mérito había sido garantizada, primero, mediante la intervención de los delegados por el Departamento de Nariño en la Comisión Pedagógica Nacional encargada de asesorar el desarrollo de la convocatoria y, segundo, a través del aval de reconocimiento cultural, entendido como forma de participación de los consejos comunitarios en la evaluación de las aptitudes de los elegibles, con miras a garantizar sus usos y costumbres.

119. En cuanto a la primera razón, es decir, la no pertenencia a la comunidad, la Sala expresó que esta sólo era admisible si estaba acompañada de una motivación suficiente, que explicara por qué sus conocimientos resultaban insuficientes para preservar la identidad étnica. Añadió que la exposición de dichos motivos constituía una condición de protección de los derechos de petición, debido proceso, y de acceso efectivo a los cargos públicos.

120. La Sala Tercera de la Corte Constitucional, en la Sentencia citada (T-292 de 2017) definió, como subregla de decisión, la cláusula de preferencia, como vía de solución en aquellos eventos en que no es posible el nombramiento de docentes, en virtud de la negativa del aval. La Sala Plena considera necesario precisar también el alcance de esta subregla.

121. La cláusula de preferencia fue definida por la Sala Tercera como la posibilidad de asegurar la prestación del servicio público otorgando el aval, conforme con la lista de elegibles, a uno de los tres primeros miembros de la comunidad que aparezcan dentro de ella, en orden descendente, dentro de la ubicación de estos aspirantes[189]. Al respecto

dijo:

“...[La] cláusula de preferencia le permite a cada consejo comunitario de las comunidades afrocolombianas, dentro del marco del concurso de méritos docente adelantado en aplicación del estatuto docente y los demás decretos que lo reglamentan, verificar la lista de elegibles a fin de advertir en ella la presencia de un etnoeducador perteneciente a su comunidad, al cual pueda otorgar el aval de reconocimiento cultural para su posterior nombramiento como docente de esa comunidad [...]

los consejos comunitarios de las comunidades negras tendrán que escoger, para otorgar el aval de reconocimiento cultural, a la persona de su comunidad que haya obtenido el puntaje más alto dentro de la lista de elegibles y continuar con el segundo mejor puntaje hasta el tercer mejor puntaje, de manera que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el respectivo consejo comunitario deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero [C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]”.

Naturaleza y alcance jurídico del aval de reconocimiento cultural en el concurso de méritos de etnoeducadores

123. Conforme se indicó, el nombramiento en periodo de prueba para los integrantes de la lista de elegibles constituye la última etapa del concurso de méritos de etnoeducadores. Dicho nombramiento se hace efectivo una vez las autoridades comunitarias de los respectivos territorios colectivos donde se va a prestar el servicio educativo constaten, a partir de su propio conocimiento, que quienes integraron el listado de elegibles cuentan realmente con las capacidades y la destreza profesional suficiente para impartir la enseñanza, transmitiendo y preservando su identidad cultural. Ello es lo que en el marco legal y jurisprudencial se ha denominado aval de reconocimiento cultural, el cual debe ser expedido por el Consejo Comunitario perteneciente al territorio colectivo seleccionado por el etnoeducador. Este deberá ser solicitado por el aspirante y entregado en la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada dentro de los 5 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval, el candidato no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo[190].

124. Existen importantes razones de orden constitucional que subyacen a la implementación del aval de reconocimiento cultural. El aval busca garantizar los principios y

finde de la etnoeducación, entendida como un derecho fundamental con enfoque diferencial que garantiza la identidad cultural de las comunidades tradicionales como sujetos jurídicos colectivos titulares de derechos, así como de los individuos que pertenecen a ellas de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida, en el marco de los procesos de selección y asignación de plazas docentes en sus territorios[191].

En ese sentido, el aval es una acción afirmativa que representa un beneficio particular para estos grupos, que si bien comprende una diferencia de trato en favor de los mismos, se justifica, como se dijo, con el objetivo de preservar la identidad cultural de las comunidades étnicamente diferenciadas y, así, dar plena efectividad a la garantía del derecho a la educación desde el elemento de la aceptabilidad.

Las acciones afirmativas se han delimitado a partir del artículo 13 de la Constitución como aquellas “medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social”[192]. Estas pueden ser de: (i) promoción; (ii) facilitación; o (iii) acciones de discriminación positiva, como en este caso. Así pues, se trata de una ventaja diferencial, que se concreta en la determinación de una participación calificada aunque restringida en la selección de un servidor público para la prestación del servicio de educación para grupos étnicos[193] y busca garantizar los derechos reconocidos en los artículos 7º y 70 de la Constitución.

125. Comoquiera que los mencionados pueblos ostentan una cosmovisión distinta a la mayoritaria, a efectos de asegurar que sus usos, costumbres y tradiciones se preserven en el tiempo, el ordenamiento jurídico ha instituido mecanismos que contribuyan a tal propósito, pues es a través de la educación que los bienes inmateriales de una cultura se transmiten de una generación a otra, y se asegura la supervivencia de las etnias en su condición de entidades jurídicas y sociales con autonomía e identidad propia.

126. El aval de reconocimiento cultural constituye entonces una forma de asegurar que las futuras generaciones residentes en territorios colombianos tradicionales crezcan con el conocimiento y el respeto por su historia, a partir de una enseñanza diferencial que se realice en forma seria y cualificada, basada en sus propias formas de vida, creencias y

convicciones. Se trata de un instrumento de participación con el que cuentan las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras en la implementación y desarrollo de un sistema de educación especial del que son beneficiarios y que, en el estado normativo actual, viene a desarrollar mandatos contenidos en el Convenio 169 de 1989, reiterados previamente. Tal intervención se materializa a través de la máxima autoridad de administración interna dentro de un territorio colectivo, esto es, los Consejos Comunitarios, encargados de asumir la vocería de quienes hacen parte de los territorios ancestrales del país[194].

127. Ahora bien, el aval de reconocimiento cultural, además de asegurar el acceso efectivo a una educación con enfoque diferencial, busca garantizar que tal educación sea impartida de forma cualificada por quien demuestre mayores destrezas, aptitudes, experiencia, suficiencia, competencias y capacidades para ejercer el cargo de etnoeducador. Lo anterior, en consideración a que el concurso público tendiente a la provisión de empleos públicos de carrera como docente y directivo docente en territorios colectivos está permeado por la aplicación del principio constitucional del mérito como criterio predominante del acceso a la función pública, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes han de ocupar los cargos al servicio del Estado.

128. En adición a lo expuesto, la Sala considera oportuno señalar que la definición del mérito en un escenario pluralista, multicultural y diverso debe prestar atención a las diferencias culturales, en el caso específico de los etnoeducadores, y considerar el derecho que tienen las personas pertenecientes a los pueblos étnicamente diferenciados de recibir los contenidos educativos generales, en pie de igualdad, con el resto de la población colombiana; y de acceder a una educación adecuada a la identidad cultural, en un concurso que tome en consideración las particularidades y necesidades de las distintas etnias y pueblos que conviven en el país.

129. Es por eso que el concurso de méritos destinado a proveer estos cargos debe evaluar que el docente esté en capacidad de acreditar conocimientos en materia de diferencia cultural y es, en este escenario, donde la Corte comprende el aval como una acción afirmativa e instancia de participación de las comunidades, que no solo materializa su derecho a concertar las decisiones en torno al sistema educativo que debe prestarse en sus territorios, sino que, además, permite evaluar otra faceta del mérito: la capacidad para

desempeñarse no sólo en el marco de los pueblos concernidos, sino, específicamente, de asumir el rol docente en la comunidad escogida. Así las cosas, el aval es, a la vez, participación, autonomía y mérito (diferenciado). Esta consideración es esencial para comprender la naturaleza del aval, el fundamento para concederlo o negarlo, y las consecuencias de esa decisión.

130. Los concursos públicos tienen la finalidad de determinar la idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y de las necesidades del servicio. En el caso de los etnoeducadores, la garantía de que sólo aquél con mérito superior sea el designado en el respectivo empleo, con exclusión de los demás concursantes, potencializa la eficacia de un servicio público que requiere de un compromiso estatal mayor en atención a la calidad de sus beneficiarios. En concreto, la eficacia redundará en la garantía de que las instituciones oficiales ubicadas en territorios colectivos estarán siempre en cabeza de personas calificadas o de personal idóneo cuyos conocimientos y competencias permitan prever la mejor realización posible del derecho fundamental a la educación en condiciones y necesidades especiales.

131. La introducción de este principio constitucional, el mérito, en el marco de un concurso público de la naturaleza advertida también asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos por los aspirantes al cargo y protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo público, únicamente la falta de mérito de los aspirantes a ejercer como etnoeducadores puede ser causal de remoción.

132. Así mismo, la selección con fundamento en el mérito promueve la igualdad de trato y de oportunidades, pues, de un lado, permite que las personas más calificadas para el cargo puedan acceder al servicio y, de otro, proscribire la concesión de tratos diferenciados injustificados y la arbitrariedad de quien ostenta la condición de nominador. En el asunto objeto de revisión, estos propósitos se materializan particularmente en la exigencia de llevar a cabo un proceso de selección basado exclusivamente en criterios objetivos.

133. Como se dijo, los Consejos Comunitarios de comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales están facultados para intervenir decisivamente en la elección de los

docentes que impartirán educación en sus territorios mediante el otorgamiento o no del aval de reconocimiento cultural solicitado, en la medida en que se trata de una decisión de la que depende la garantía efectiva del servicio público educativo con enfoque diferencial para los niños, niñas y adolescentes de la comunidad (artículos 44 y 67 superior). Sin embargo, tal atribución no es absoluta, pues la decisión de no reconocimiento debe ir acompañada de una debida fundamentación en la que, además de explicarle al elegible interesado las razones objetivas por las cuales no se hará acreedor del aval de reconocimiento cultural, se le informe de forma comprensible y adecuada tal determinación, pues solo de esta manera se protege la transparencia y publicidad de la decisión.

134. Los motivos aducidos deben asociarse a la incapacidad, incompetencia e inhabilidad del docente, sea o no miembro de la comunidad, para impartir una educación especial en razón a su inexperiencia o impericia en el conocimiento de la historia, valores, tradiciones culturales, ancestrales, lingüísticas, artísticas, religiosas, sociales y políticas, usos, costumbres, formación, prácticas, creencias, conocimientos o cualquier otra manifestación cultural propia de la comunidad colectiva necesaria para preservar su identidad y fortalecer la educación en tales territorios. Con ello se asegura la efectiva prestación del servicio público que, se advierte, adquiere particular relevancia cuando sus destinatarios principales son menores de edad[195].

135. Con base en las consideraciones descritas, se advierte que una adecuada percepción del aval de reconocimiento cultural, en el contexto de la incorporación de etnoeducadores, supone comprender que se trata de una pieza dentro del complejo engranaje de diálogo cultural que prevén las normas superiores de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT para dotar de eficacia el derecho de los pueblos originarios a una educación que respete, proteja y garantice tanto la calidad educativa, como su adecuación a los saberes culturales diversos; así como uno de los aspectos destinados a asegurar el mérito, en este caso étnica y culturalmente diferenciados, de los aspirantes.

136. Como se explicó en el capítulo anterior, este proceso comienza con la consulta previa de las medidas destinadas a establecer las reglas que definen los concursos de méritos, continúa con la previsión de espacios de participación de las comunidades en sus distintas etapas, y culmina con el mencionado aval, el cual consiste en un concepto que dictan las comunidades en el que expresan su valoración sobre el perfil del docente, y en el que

plasman su perspectiva acerca de si su nombramiento contribuye, de manera significativa, a mantener la identidad cultural de la comunidad.

137. Sin embargo, el aval no tiene la connotación de un veto, pues, de una parte, es imprescindible armonizar su alcance con el derecho de acceso a un cargo público de carrera cuando ha superado el concurso y los principios de igualdad y mérito, propios de todo concurso público y que, en el ámbito educativo, se relacionan con el componente de calidad del derecho; y, de otra parte, el aval es un último escenario de diálogo intercultural, que presupone la existencia de una consulta previa en la que se ha definido el marco general dentro del que se desenvuelve el concurso.

138. Por estas razones, a partir del aval, corresponde al órgano competente (en este caso, la Secretaría de Educación) determinar la viabilidad del nombramiento, con miras a la preservación de la identidad cultural, y la garantía de acceso a un servicio público de calidad, que se materializa en la selección de quien demuestre un mérito calificado superior. En este último caso, la decisión de sustraerse de nombrar a la persona deberá fundamentarse en razones sólidas y consistentes, en las que se exprese por qué el concursante no satisface las exigencias del cargo, en el contexto de la comunidad étnicamente diferenciada concernida.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS Y REVISIÓN DE LOS CASOS CONCRETOS

Solución del primer problema jurídico: garantía del principio de participación directa de los pueblos étnicamente diferenciados y del derecho a la consulta previa

139. Con ocasión de las respuestas dadas a las acciones de tutela por parte de los Consejos Comunitarios encargados de resolver las solicitudes de aval de reconocimiento cultural requeridas por los accionantes, en las que han manifestado su oposición a la Convocatoria N°238 de 2012, por no haberse garantizado el derecho a la consulta previa, la Corte analizará en este acápite si, en los casos concretos acumulados, se presentó esa vulneración o si, por el contrario, el proceso de selección que dio lugar al establecimiento de la lista de elegibles en la que se encuentran los demandantes satisfizo los derechos de las comunidades afrodescendientes interesadas.

140. Con el propósito de responder esta pregunta, es preciso recordar que, de acuerdo con

las consideraciones previas, en Colombia la situación jurídica actual en materia del derecho a la educación étnicamente diferenciada adolece de una insuficiencia regulativa determinante, pues, pese a existir distintos instrumentos legales internos que reconocen, en general, la importancia de garantizar el acceso a y la prestación de un servicio educativo con enfoque étnico para las poblaciones culturalmente diversas, y con miras a materializar progresivamente las obligaciones internacionales contenidas, principalmente, en el Convenio 169 de la OIT (arts. 22, 26 y 27), el Legislador mantiene una deuda histórica frente a la adopción de un marco legal integral en el que se definan no sólo los parámetros para la selección y nombramiento de docentes, sino también aspectos fundamentales del derecho a la etnoeducación, como los estándares de calidad y adecuación cultural del servicio, así como el diseño concertado de mecanismos participativos de las comunidades durante las fases del proceso respectivo que conduzca al nombramiento de los etnoprofesores.

141. Este panorama, insiste la Sala (como lo hizo en las decisiones C-208 de 2007 y C-666 de 2016, ampliamente citadas), constituye un verdadero déficit constitucional pendiente de resolución, y da lugar a un contexto de anormalidad jurídica que sólo puede ser subsanado por el órgano encargado de llenar el vacío normativo, es decir, el Congreso de la República.

142. Frente a este déficit, el papel de la Corte Constitucional ha consistido en buscar medidas que, provisionalmente, permitan la prestación del servicio, siempre bajo el supuesto de que corresponde al Congreso de la República, en consulta con los pueblos interesados, la definición de ese marco normativo general.

143. Estos remedios, si bien son por naturaleza insuficientes, en la medida en que el Tribunal no puede asumir las funciones del órgano legislativo en el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y convencionales frente a la etnoeducación, son, sin embargo imprescindibles para evitar que el vacío normativo denunciado termine por minar, con más intensidad, el acceso y la permanencia de los miembros de los pueblos interesados, a la educación, de calidad y étnicamente adecuada. Es imperativo para la Corte, en otras palabras, evitar que la inacción del Congreso derive, no sólo en el desconocimiento del derecho a la consulta previa o, en términos genéricos, a la participación de los pueblos, sino, además, de quienes aspiran ejercer estos cargos en condiciones dignas, y muy

especialmente, a truncar el proceso educativo de sujetos de especial protección constitucional (es decir, los niños, las niñas y adolescentes de los pueblos étnicamente diferenciados).

144. De acuerdo con lo ya expuesto en esta providencia, dadas las graves implicaciones constitucionales que acarrea la ausencia de un marco legal integral sobre etnoeducación, este Tribunal ha adoptado dos remedios judiciales distintos. En la Sentencia C-208 de 2007, respecto a las comunidades indígenas declaró que el Estatuto de Profesionalización docente, Decreto Ley 1278 de 2002 no les sería aplicable y que, entretanto, debían aplicarse las reglas generales en la materia (especialmente, la Ley 115 de 1994). Casi una década después, y ante la persistencia del vacío, en la Sentencia C-666 de 2016 y en el caso de comunidades afrodescendientes, negras, raizales y palenqueras, decidió que, si bien es imperativa la existencia de un régimen legal específico para el acceso al cargo de etnodocentes, el Estatuto de Profesionalización Docente sería aplicable por un año a estos pueblos, para así evitar consecuencias inconstitucionales en los derechos de comunidades, docentes y educandos.

El vencimiento de ese término tuvo lugar el 11 de enero de 2018[196], de manera que, justamente, los casos de los que ahora se ocupa el Pleno de esta Corporación se circunscriben dentro del periodo dispuesto en la precitada sentencia. Es decir, como se advirtió, las reglas dispuestas en el Decreto Ley 1278 de 2002 y sus decretos reglamentarios estaban vigentes al momento de aplicarse en este caso para las comunidades afrodescendientes, negras, raizales y palenqueras.

145. Ello implica, entonces, que el estudio del primer problema jurídico en esta ocasión debe partir de un análisis contextual, en el sentido de que debe considerar, como elemento normativo relevante, la falencia constitucional vigente en nuestro ordenamiento, y la naturaleza aún precaria de los remedios adelantados por este Tribunal para así, perseguir en esta oportunidad, una nueva solución que, sin agravar la situación jurídica de los pueblos étnicamente diferenciados en relación con la garantía de un sistema de educación propio, propenda, de la mejor manera posible, y de conformidad con las condiciones fácticas particulares, a la satisfacción del derecho a la etnoeducación de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a los pueblos interesados, y a las garantías laborales adecuadas para los docentes.

146. Es importante, antes de continuar la exposición, señalar que en la sentencia T-292 de 2017 la Sala Tercera afirmó que la Convocatoria 238 de 2012 no desconoció el derecho de participación de las comunidades interesadas. Sin embargo, en esta oportunidad, si bien la Sala Plena comparte tal conclusión, estima también oportuno profundizar en las razones que lo explican.

147. La educación étnicamente diferenciada, como ha insistido la Sala a lo largo de esta providencia, garantiza la reproducción y mantenimiento de las tradiciones propias de los pueblos étnicos, por lo que se trata de una materia sobre la cual se predica una especial relevancia constitucional. De ahí que el principio de progresividad (mencionado en este escenario desde el artículo 27.2 del Convenio 169 de 1989) imponga la necesidad de perseguir como último fin la mayor autonomía de estos colectivos culturales en el diseño, adopción y desarrollo de sus sistemas educacionales, siempre que sea materialmente posible y se garanticen los aspectos generales del derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes, como lo adecuación (o calidad), la accesibilidad, y la continuidad del servicio.

149. En un escenario normativo óptimo, y en el nivel actual de cumplimiento de la obligación constitucional y convencional citada, es posible concebir el proceso de diseño e implementación de la etnoeducación como un complejo engranaje, en el que cada pieza cumple una función hacia la eficacia del derecho, y en el que el principio de participación de las comunidades es un elemento transversal a este engranaje; presente en cada una de sus piezas.

150. Así, el engranaje comienza con las obligaciones previstas en la Carta Política (particularmente, artículos 7, 10, 68 y 70 CP) y del Convenio 169 de la OIT (especialmente, artículos 22 y 26 a 29) que son fuentes de posiciones jurídicas de diversos derechos constitucionales; continúa con el desarrollo legislativo, momento idóneo para la creación de las condiciones básicas de prestación del servicio educativo, étnicamente idóneo, accesible, accesible y adecuado), instancia en la que la consulta de la medida legislativa, con los representantes legítimos de los pueblos dará lugar a un proceso de selección sensible a la diferencia cultural y étnica; y culmina con el aval de reconocimiento cultural, espacio en que se manifiesta la posición de cada una de las comunidades interesadas acerca de la idoneidad cultural del aspirante.

151. Como en el escenario actual no se ha dado el momento inicial, pero, además de eso, la Corte Constitucional y los demás órganos del Estado no pueden permitir que tal omisión conlleve nuevas violaciones a intereses ius fundamentales; ni que termine por minar el carácter normativo de la Carta Política, es preciso hallar alternativas que permitan verificar un nivel mínimo de satisfacción a los derechos a la participación, autonomía e identidad cultural de los pueblos, la Sala considera que, para resolver el primer problema jurídico, además de reiterar el exhorto al Legislador, y añadir otro exhorto al Gobierno Nacional para que radique el proyecto de ley correspondiente, la perspectiva más adecuada es analizar si los espacios o mecanismos que se arbitraron para la realización de la Convocatoria 238 de 2012 cumplen, desde una perspectiva material, los fines mínimos de la consulta previa, y del principio de concertación del método de selección de docentes, que son mandatos complementarios en el Convenio 169 de la OIT.

152. Ello implica que, consciente de la situación de anormalidad constitucional existente en este escenario, en lugar de verificar la satisfacción de cada una de las subreglas que informan el derecho a la consulta previa, la Sala verificará si en la etapa de concertación de la Convocatoria bajo estudio, se dio un alcance suficiente a los propósitos materiales que el Convenio 169 y la Constitución persiguen.

En otros términos, evaluará si los principios de participación, autonomía e identidad étnica y cultural se cumplieron, al máximo posible, en este escenario excepcional. Para que ello sea así, resulta esencial analizar si la concertación en torno a la Convocatoria tuvo lugar con representantes legítimos de los pueblos interesados; si dio lugar a un escenario de diálogo intercultural; si en ese ámbito tuvo lugar una participación activa, con efectos en la decisión adoptada por el Estado (es decir, activa y efectiva); y si la decisión estatal fue razonable y proporcionada (y, por lo tanto, ajena al capricho y la arbitrariedad).

153. En criterio de la Sala Plena esta línea de trabajo se inspira en decisiones previas, como la Sentencia C-891 de 2002, en la que, al analizar si el Congreso desconoció el derecho a la consulta previa de comunidades étnicamente diferenciadas, al expedir el Código de Minas (Ley 695 de 2001), la Corte Constitucional concluyó que no existía violación del mismo, dado que el Estado, en ese momento histórico, en el que no se hallaba plenamente definido el órgano consultivo de estas comunidades, para medidas de alcance general, había adelantado todas las gestiones posibles para informar, perseguir la participación y obtener

un acuerdo con los pueblos mencionados.

154. En esta ocasión, si bien el escenario es distinto, la Sala tomará en cuenta que una insuficiencia legislativa obligó a iniciar de un diálogo intercultural, no al momento de expedición de la ley; sino en un contexto, a la vez más específico y más técnico, como fue la etapa de adopción e implementación de la Convocatoria destinada a seleccionar a los etnoeducadores.

155. Para comenzar, como se advirtió en los antecedentes de esta providencia, la Corte consultó al Ministerio de Educación y a la Comisión Nacional del Servicio Civil acerca de la forma como, respecto de la Convocatoria antes aludida, se había garantizado la participación de las comunidades étnicas. Ambas entidades coincidieron en indicar que la manera como se procuró garantizar la vinculación de las comunidades afro, negras, raizales y palenqueras (destinatarias de la convocatoria), fue a través de su participación en la Comisión Nacional Pedagógica.

156. El Ministerio de Educación respondió de una manera más detallada. Manifestó que la Convocatoria N° 238 de 2012 es el resultado de 14 años de diálogo y construcción colectiva con las comunidades, las cuales se vieron representadas a través de los delegados de la Comisión Nacional Pedagógica, con ocasión de lo cual se adoptaron los Acuerdos 221 a 249 de 2012, con los que se inició el concurso para la selección de los etnoeducadores.

157. En este punto se torna importante recordar que la Comisión Nacional Pedagógica, según lo establece el Decreto 2249 de 1995, también la integran, en lo pertinente, dos delegados por cada uno de los departamentos de Chocó, Nariño, Valle del Cauca, Cauca, Antioquia y San Andrés, Providencia y Santa Catalina, los cuales deben ser elegidos por “las organizaciones de base de las Comisiones Consultivas Departamentales y Regionales, quienes deberán poseer reconocimiento en experiencia organizativas y etnoeducativas en sus territorios”[197].

158. En reiteración de lo expuesto con precedencia, la Corte Constitucional reconoce en la Comisión Pedagógica bajo alusión un escenario que posibilita el diálogo intercultural para la definición de medidas educativas destinadas a las poblaciones en referencia, como lo es el diseño y adelantamiento de un proceso de selección de docentes. En ausencia de un mecanismo legal y definido, previa consulta respecto del agotamiento de procesos de

selección de etnodocentes, la Comisión Nacional Pedagógica consolida un medio normativamente adecuado para el diseño de la Convocatoria mencionada, pues esta constituye el máximo órgano asesor en la elaboración, formulación y ejecución de políticas etnoeducativas.[198]

159. Ahora bien, con el fin de valorar la participación de la Comisión frente a la adopción de la Convocatoria N° 238 de 2012, la Corte decidió vincularla al trámite de tutela. Sin embargo, ésta no dio respuesta al requerimiento, por lo que los elementos de juicio corresponden únicamente a los expuestos por parte del Ministerio antes aludido.

160. Como se indicó con anterioridad, la cartera de educación manifestó que los Acuerdos que dieron lugar a la iniciación e implementación del proceso de selección fueron definidos luego de un amplio espacio de “concertación” con los representantes de las comunidades. Para este Tribunal, la consecución de medidas concertadas con las poblaciones étnicas, en relación con decisiones que les afectan, son los resultados propios del adelantamiento de un proceso que no sólo responde al ámbito material y calificado de la participación culturalmente diferenciada, sino esencialmente a la naturaleza dialógica de la misma. Con fundamento en lo expuesto, esta Corte no observa que, respecto de la fase de adopción e implementación de la Convocatoria mencionada se haya quebrantado el principio de participación.

161. Los Consejos Comunitarios, no obstante, han considerado vulnerado el derecho a la consulta previa por no consultárseles directa y personalmente la realización de la convocatoria. Para la Sala, tal quebrantamiento del derecho invocado no se presentó porque, como se ha señalado, si bien la prestación del servicio etnoeducativo exige una participación calificada y permanente durante de todas sus etapas, la materialización de esta participación no se reduce al agotamiento de la consulta previa durante cada una de estas, sino en la delicada articulación de las instancias de consulta, concertación, participación y, hoy en día, aval o reconocimiento cultural, todo ello, con el fin de que, en virtud del principio de autonomía de los pueblos étnicos, éstos puedan concertar mecanismos distintos, pero dirigidos a satisfacer su vinculación activa y efectiva durante toda la prestación del servicio.

162. Ante la falta de medida legislativa especial que el orden constitucional aún reclama, la

Convocatoria N° 238 de 2012 sí dispuso de instrumentos diferenciales destinados a hacer activa y efectiva la participación, primero, a través de un órgano representativo de los pueblos afrodescendientes, negros, raizales y palenqueros, en el ámbito de la Mesa Educativa Nacional, cuya intervención tuvo lugar en el diseño de una convocatoria de alcance regional (para el Departamento de Nariño); y, segundo, a través del aval de reconocimiento cultural, cuyo otorgamiento está en titularidad, precisamente, de los Consejos Comunitarios, y respecto del cual esta Corporación ha validado su aptitud de mecanismo efectivo de participación, de acuerdo con las amplias consideraciones que al respecto ha adelantado la Corte en esta providencia. No existen, entonces, razones para concluir que en los casos de la referencia se ha desconocido el principio de participación respecto de los Consejos Comunitarios “Río Satinga” y “Gran Minga del Río Inguambi”.

163. En consecuencia, la Sala concluye, primero, que no se desconoció el derecho a la consulta previa de las comunidades mencionadas; y, segundo, que es necesario mantener presente, para la solución del problema jurídico, la importancia del engranaje puesto en marcha para la selección de etnodocentes, ampliamente descrito en precedencia.

164. Al margen de lo anterior, la Sala Plena considera pertinente exhortar al Gobierno Nacional para que presente un proyecto de ley al Congreso de la República para regular de forma integral la etnoeducación, lo cual como se advirtió, incluye los parámetros para la selección y nombramiento de docentes, así como los aspectos fundamentales de este derecho que incluyen, entre otros, los estándares de calidad y adecuación cultural del servicio y debe ser consultado a las comunidades étnicas. Con esta determinación la Sala quiere enfatizar la necesidad de llenar el vacío jurídico, reiterado en decisiones precedentes, que ahora se torna aún más urgente, constatado el vencimiento del término de la inexequibilidad diferida establecida en la Sentencia C-666 de 2016.

Solución al segundo problema jurídico y revisión de los casos concretos (Expedientes T-6048033, T-6057989, T-6217796 y T-6068552)

165. Los señores Jofrey David Castañeda Tenorio, Máxima Angulo Ruiz, Ruby Esnadit Florez Rivadeneira y Jhon Erson Orobio Rodríguez en el año 2012, y, de manera independiente, participaron en la Convocatoria No. 238 de 2012 elaborada por la Comisión Nación del Servicio Civil. Dicha convocatoria tenía por objeto proveer 336 cargos directivos docentes y

docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el Departamento de Nariño en centros educativos oficiales pertenecientes a territorios colectivos de estas comunidades. Tras surtir y aprobar las etapas iniciales del concurso fueron seleccionados para integrar la lista de elegibles mediante la Resolución No. 3425 del 23 de julio de 2015 y, como consecuencia de ello, mediante audiencia pública, seleccionaron libre y voluntariamente los centros educativos “Bellavista”, “Víbora Paraíso”; “Merizalde Porvenir” y “Machare” para prestar sus servicios ejercer sus funciones como etnoeducadores.

166. Con el propósito de materializar el nombramiento en periodo de prueba, entendido como la última etapa dentro del concurso de méritos, en el trámite de dicha audiencia que tuvo lugar el 3 de diciembre de 2015, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño les advirtió acerca de la necesidad de contar con el aval de reconocimiento cultural, en tanto expresión del derecho de participación de las comunidades étnicamente diferenciadas en el marco de los procesos educativos de su interés. Los aspirantes solicitaron el aval ante el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” y “la Gran Minga Río Inguambí”, donde se encontraban ubicadas las plazas docentes de su elección, sin embargo, estos órganos, en algunos casos primero guardaron silencio ante la petición y, posteriormente, lo negaron bajo los argumentos de que: (i) los tutelantes no pertenecían a la comunidad y, en consecuencia, desconocían sus procesos internos de formación y su identidad cultural; (ii) se debían respetar los derechos de los docentes que se encuentran en provisionalidad; y (iii) no se realizó el proceso de consulta previa. Tras no ser expedido el aval, la autoridad territorial citada les advirtió sobre la imposibilidad jurídica de posesionarlos en el cargo, circunstancia que originó la presentación de las acciones de tutela que se revisan.

167. Al observar el panorama fáctico esbozado, desde las normas legales aplicables a este caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, es posible llegar a dos conclusiones, en torno a la revisión de los casos concretos. Primero, que la Secretaría de Educación Departamental de Nariño no vulneró los derechos fundamentales de los peticionarios al abstenerse de nombrarlos en período de prueba para el cargo de docentes con fundamento en que los Consejos Comunitarios respectivos no les otorgaron el aval de reconocimiento cultural. Para la Sala, la determinación de no materializar su nombramiento como etnoeducadores se profirió en estricto cumplimiento de la normativa vigente, que limita el acceso a estos cargos públicos hasta que se satisfagan ciertas condiciones que aseguren la participación de los grupos étnicos en el desarrollo de sus

propias políticas, instituciones, contenidos y procedimientos educativos. Un comportamiento contrario a la exigencia de tales requisitos acarrearía no solo una evidente desobediencia al orden jurídico imperante, sino que también desconocería que el respeto por la identidad cultural supone garantizar el derecho de los pueblos originarios a una educación que proteja tanto la calidad educativa, como su adecuación a los saberes culturales diversos, lo cual se concreta mediante un proceso complejo de participación de las comunidades que culmina con el aval de reconocimiento cultural.

Segundo, los consejos comunitarios accionados desconocieron los derechos de los accionantes al debido proceso y de acceso a cargos públicos; pero no por haber negado el aval, lo cual está dentro de las posibilidades en el ámbito de su participación en el proceso de construcción del modelo de etnoeducación, sino por no haber presentado las razones específicas por las cuales los aspirantes no resultaban adecuados a un programa étnico diferenciado en su comunidad, que es el propósito constitucional del citado reconocimiento cultural. Adicionalmente, la violación también se concretó porque las razones que motivaron la negativa no sólo respondían a una consideración de no pertenencia a la comunidad, lo cual de conformidad con el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT puede ser legítimo, sino porque tenían un carácter complejo que incluía desconocer el concurso de méritos por no haber sido consultado y proteger a las personas que ocupaban plazas de etnoeducación en provisionalidad.

La Secretaría de Educación Departamental de Nariño no vulneró los derechos fundamentales de los accionantes, en tanto su actuación consultó el ordenamiento jurídico vigente y respetó la identidad cultural de los pueblos étnicamente diferenciados

168. Los Decretos 3323 de 2005[199] y 140 de 2006[200], compilados a su vez en el Decreto 1075 de 2015[201], constituyen el entramado jurídico que reglamenta actualmente el proceso de selección mediante concurso de méritos para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros a la carrera docente. Como se dijo líneas atrás, dichas disposiciones nos enseñan que este tipo de procesos se caracteriza por la existencia de etapas específicas que el aspirante a ser elegido debe superar satisfactoriamente.

169. Así, una vez cumplida la fase de inscripción y publicación de admitidos a la realización

de pruebas escritas, psicotécnicas e incluso de evaluación integral etnoeducativa, el interesado debe someterse a una entrevista personal, cuyo resultado es determinante para ingresar a la lista de elegibles. Estas fases previas al nombramiento como etnoeducador tienen por finalidad comprobar los conocimientos educativos generales de la persona, a fin de garantizar la prestación efectiva del servicio público, en tanto objeto esencial de la convocatoria, pero no determinan el acceso al cargo público ofertado.

170. En este escenario especial, en tanto atañe no solo a la satisfacción del derecho a la educación, sino que aspira materializar una educación étnicamente adecuada, para consolidar el derecho a acceder al cargo, el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005 -modificado por el artículo 4 del Decreto 140 de 2006- establece el “aval de reconocimiento cultural”, como un requisito a través del cual se expresa el derecho de participación de las comunidades y que permite, en esa medida, acceder a la última etapa del concurso de méritos de etnoeducadores que corresponde al nombramiento en período de prueba.

171. El aval, de acuerdo con las normas mencionadas, debe ser solicitado por el aspirante; otorgado por la autoridad comunitaria competente del territorio colectivo seleccionado por el elegible, y entregado en la Secretaría de Educación de la entidad territorial certificada, quien se encargará de materializar el acceso al cargo público del docente avalado por la comunidad tradicional. Comoquiera entonces que dicho aval integra una etapa final y determinante del concurso de méritos, y comprende una expresión del derecho fundamental a la participación de los pueblos étnicos en los asuntos que los afectan directamente, este no puede ser obviado para proceder al nombramiento en periodo de prueba como etnoeducador. Quien decide presentarse voluntariamente a una convocatoria de esta naturaleza debe surtir y aprobar a plenitud las distintas fases que la integran, incluyendo aquella que permite materializar, potencializar y asegurar la finalidad misma del concurso relativa al respeto de la diversidad y el pluralismo de las etnias, mediante la selección de quien demuestre un mérito cualificado superior, es decir, la capacidad para desempeñarse no sólo en el marco de los pueblos concernidos, sino, específicamente, de asumir el rol docente en la comunidad escogida.

172. Cabe resaltar que la garantía del aval de reconocimiento cultural es, en el marco de la Convocatoria No. 238 de 2012, determinante para garantizar el derecho de la comunidad a participar en las decisiones que los atañen, específicamente, cuando se trata de

materializar el derecho a la educación de los niños y las niñas de la comunidad. Lo anterior, ya que éste se encuentra interrelacionado con la efectividad de la protección y garantía de la identidad cultural. En estos términos, la participación de la comunidad en esta etapa del proceso se dirige a verificar que, efectivamente, quienes han superado el concurso de méritos tienen las calidades particulares para impartir la educación en una comunidad específica. Se debe recordar que los pueblos concernidos no son homogéneos y cada uno presenta diferencias culturales que deben ser protegidas, aún más en procesos educativos.

173. La Sala destaca que este requisito no solo debe funcionar como una medida de protección y conservación a la diversidad cultural, sino también como una forma de trabajar mancomunadamente con el Estado, ya que opera como un mecanismo para verificar que los proyectos que vayan a ejecutarse en el interior de los territorios colectivos respectivos se orienten no solo a mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo, sino también a preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la comunidad étnica.

174. En este orden de ideas, el incumplimiento de un requisito que los participantes de la Convocatoria No. 238 de 2012 conocían, como el aval mencionado, y que además fue socializado durante la realización de la audiencia pública de selección de plazas, impide que las entidades territoriales certificadas, y en este caso la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, procedan a efectuar el nombramiento en periodo de prueba, pues ello iría en contra de las disposiciones legales vigentes que regulan este tipo de escenarios y desconocería la esencia de un proceso de selección con naturaleza propia, que pretende exaltar la existencia de un diálogo cultural consagrado en las normas superiores de la Constitución Política y el Convenio 169 de la OIT para dotar de eficacia el derecho de los pueblos originarios a una educación que respete, proteja y garantice su identidad.

175. Una actuación como la observada por la Secretaría de Educación Departamental es legítima en estos concursos ya que, como entes territoriales, con intervención directa en las políticas educativas, las autoridades departamentales deben procurar y asegurar la vinculación y posesión de docentes cualificados, exigencia que, entre otros aspectos, comporta la observancia de las diferentes etapas del proceso de selección instituidas, justamente, para prever la mejor realización posible del derecho fundamental a la educación en condiciones y bajo necesidades especiales.

176. En virtud de lo anterior, se concluye que la entidad pública accionada no ha incurrido en violación iusfundamental alguna. En lugar de ello, ha actuado dentro de sus competencias legales y constitucionales, respetando el marco jurídico definido para la realización de un concurso de méritos de la naturaleza advertida y ajustando su actuación a las propias formas en las que se desarrolla. Inclusive, ante la problemática generalizada que ha afectado a un sinnúmero de docentes, carentes del aval de reconocimiento cultural, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño ha desplegado esfuerzos relevantes tendientes a encontrar soluciones plausibles a la situación originada en su territorio, y, con ese propósito, le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad promotora de la convocatoria aludida, autorización para proveer en periodo de prueba los cargos vacantes con los elegibles del concurso que no recibieron el aval, para así contribuir a la protección de sus derechos fundamentales.

177. En respuesta al requerimiento efectuado, la entidad consultada consideró que “el Decreto 1075 de 2015, al regular el aval como requisito previo al nombramiento en periodo de prueba, en ningún caso advierte que el elegible pierda el derecho a ser nombrado y posesionado en otro empleo docente dentro de la misma entidad territorial certificada en educación, para el nivel, área de conocimiento o cargo directivo docente correspondiente a la lista de elegibles a la cual pertenece siempre que existan vacantes definitivas a proveer salvaguardando de esta forma el principio del mérito que se pregona en la Constitución Política de 1991”[202]. Agregó que en la Resolución No. 207 de 2010, que reguló el procedimiento para adelantar la audiencia pública de escogencia de plazas en instituciones educativas oficiales, no se contempló la situación especial que se genera al no expedirse el respectivo aval por parte de los Consejos Comunitarios cuando los docentes han elegido impartir la enseñanza en territorios colectivos. Esta situación, sumada a que la normativa del concurso tampoco regula dicho aspecto, conduce a garantizar el derecho de elegibilidad de los docentes que, perteneciendo a una lista de elegibles, no obtuvieron dicho aval. Con base en ello concluyó que “la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño, deberá convocar a audiencia pública de escogencia de plaza, a los docentes que hacen parte de la lista de elegibles siempre que exista más de una vacante definitiva a proveer, incluyendo aquellos a los que se les negó el aval, en estricto orden de mérito, a fin de ser nombrados y posesionados en periodo de prueba”[203].

178. Lo dicho con anterioridad fue reiterado por la Secretaría de Educación durante el

periodo de revisión, tras señalar que, como consecuencia de lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el 31 de julio de 2017, se realizó una nueva audiencia de selección de plazas “con la finalidad de que los elegibles tengan la posibilidad de cambiar esa primera elección y en su lugar elegir una vacante donde efectivamente logran la consecución del aval de reconocimiento etnocultural”[204].

Precisó que, en desarrollo de la segunda audiencia de asignación de instituciones educativas, el señor Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033) seleccionó voluntariamente al Centro Educativo Merizalde Porvenir ubicado en el Municipio de Olaya Herrera (Nariño), donde se ofertaron dos vacantes, sin embargo, actualmente se encuentran provistas por las señoras Luz Hermilia Caicedo Solis y Ana Agustina Cuero Montaña en provisionalidad. Respecto de la señora Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989) advirtió que no se presentó a este nuevo escenario de selección de plazas docentes, razón por la cual, según la legislación aplicable -Resolución 20162000006875 del 4 de marzo de 2016-[205], se le asignó el Centro Educativo Palomino del Municipio de la Tola (Nariño) donde a la fecha se desempeña como docente en provisionalidad Alexander Salazar Campaz[206].

179. En el caso de la señora Ruby Esnadit Florez Rivadeneira, la Secretaría de Educación de Pasto indicó que, de conformidad con el artículo 20 de la Resolución 207 del 23 de febrero de 2010 modificada por la Resolución 2016000006875 del 4 de marzo de 2016, no era posible ubicar a la aspirante en una plaza diferente a la que escogió, (Centro Educativo “Inguambí Machare” del Municipio de Barbacoas), pues no proceden cambios ni desistimientos. Sin embargo, también explicó que, con fundamento en el Oficio 02-2015EE35398 del 14 de diciembre de 2015, la Secretaría de Educación de Nariño “está facultada para adelantar nuevas audiencias de selección de plaza en la medida que exista más de una vacante a proveer”[207], pero no señaló que esto hubiera ocurrido. Respecto del señor Rodríguez Orobio, no hay información en el expediente que señale que se le haya otorgado la posibilidad de escoger una nueva plaza en una segunda audiencia pública.

180. La Secretaría de Educación también informó que, a raíz de la negativa masiva de otorgamiento del aval, se llevaron a cabo reuniones a las cuales se invitó a diferentes consejos comunitarios para abordar el tema. Así, se convocó a una reunión para el 19 de septiembre de 2016 a los consejos comunitarios que no habían expedido los avales hasta

ese momento, a las entidades de control regionales y a los alcaldes de los Municipios de Barbacoas, Roberto Payán y Magui Payán. En la reunión se discutió: el estado de la lista de elegibles, los nombramientos en las zonas urbana y rural, los consejos que no han dado el aval y la posibilidad de sustitución de la “matrícula contratada por matrícula oficial”[208].

181. Nuevamente, el 21 de marzo del 2017, tuvo lugar otra reunión en el Municipio de Tumaco, en la cual participaron 22 consejos comunitarios de la subregión de Telembí y Sanquianga y se propuso realizar una nueva Audiencia Pública para la selección de plazas con los 170 elegibles que estaban pendientes por nombrar, bajo la condición de que los consejos comunitarios otorgaran los respectivos avales. Tales órganos indicaron que respaldaban “a los oferentes y provisionales que vienen trabajando en el territorio, para que no sean retirados de sus cargos”[209]. Ante esta negativa, se les propuso que dieran los respectivos avales y que “los provisionales serían trasladados a ocupar las vacantes que venían siendo atendidas por oferentes sin perder ningún derecho de tipo laboral y sin afectar su continuidad y la diferencia que surja entre el número de provisionales y elegibles sería cubierta con docentes que han prestado el servicio por oferentes nativos de la zona y cumplan con los requisitos mínimos para ser nombrados en provisionalidad” [210]. Sin embargo, la Secretaría dijo que no aceptaron la propuesta, porque no apoyan la permanencia de los docentes nombrados en provisionalidad.

182. De otra parte, informaron que para solventar el problema la CNSC autorizó la realización de “canjes o permutas por una sola vez entre los elegibles de la Convocatoria 238 de 2012 para la población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, que no han podido ser nombrados en periodo de prueba por carecer del aval de reconocimiento cultural, y en tanto que la oportunidad prevista en el marco de la audiencia pública precluyó”[211], a raíz de lo cual procedió a nombrar a dos aspirantes en periodo de prueba que tomaron esa opción. Con la solución anterior, la Secretaría indicó que las únicas plazas vacantes para ese momento eran las 167 que no cuentan con aval[212].

184. Estas consideraciones permiten insistir en la ausencia de violación a garantías superiores por parte de la Secretaría de Educación accionada y, en su lugar, evidencian la adopción de varias medidas tendientes a superar la grave situación en materia de acceso a la educación en el Departamento de Nariño.

Ante este escenario, la Sala procederá a analizar el segundo problema jurídico planteado.

Los Consejos Comunitarios accionados vulneraron el derecho fundamental al debido proceso de los accionantes, al no aducir razones suficientes para negar el aval de reconocimiento cultural

185. Como se advirtió, la etnoeducación es un derecho fundamental con enfoque diferencial que garantiza la supervivencia de los grupos poblacionales étnicos, como sujetos jurídicos con autonomía e identidad propia en el marco del respeto por su cultura, costumbres, tradiciones, instituciones y conocimientos propios. Uno de sus principales componentes, a partir de la Carta Política y el Convenio 169 de la OIT[214], es la participación de los pueblos en la formulación y ejecución de las políticas y programas educativos que respeten y desarrollen su identidad cultural. En los casos concretos, tal intervención se ha materializado en la realización de un concurso de méritos para aspirantes a etnoeducadores que contempla dentro de sus etapas el denominado aval de reconocimiento cultural. El aval, como se dijo, constituye una acción afirmativa y una expresión del derecho de participación de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras en la implementación y desarrollo de un sistema de educación especial que respete y consulte los valores y saberes culturales específicos. Con ello se persigue el acceso a una educación diferencial, y además cualificada, en la medida en que debe ser impartida por quien, en un contexto de pluralismo y diversidad, demuestre la capacidad para desempeñarse no sólo en el marco de los pueblos concernidos, sino, específicamente, de asumir el rol docente en la comunidad escogida.

186. En segundo lugar, la decisión de los Consejos Comunitarios de no otorgar el aval de reconocimiento cultural, sin aducir razones suficientes que explicaran tal negativa, desconoció el derecho fundamental al debido proceso de los actores, en tanto la facultad de la que se encuentran investidas las autoridades internas de las comunidades colectivas para incidir en el nombramiento de un docente no es absoluta, pues debe basarse en razones asociadas a la protección de la diversidad y la integridad cultural, aspecto explicado en la Sentencia T-292 de 2017[215].

187. Pero, además, añade la Sala Plena en esta oportunidad, la decisión sobre la concesión del aval debe consultar una dimensión especial del mérito, relevante para la provisión de

empleos públicos de carrera como docente y directivo docente en territorios colectivos, y que demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección, a la vez objetivos y culturalmente adecuados, que sean conocidos por los aspirantes al cargo. En esa medida, el aval no sólo es una manifestación de los derechos a la participación, la autonomía y la identidad étnica (perspectiva de los pueblos diferenciados); es, además, una concreción del mérito, pues, en la etnoeducación, este no puede limitarse a la superación de un examen de conocimientos, incluso, si este incorpora en alguna medida los que definen, en términos generales, al Estado multicultural colombiano.

188. No es así porque el mérito, en un escenario intercultural, no solo está definido por estándares que evalúan el conocimiento de contenidos específicos del docente, frente al medio de la población, o a los demás interesados, sino que requiere idoneidad para enfrentar la formación de personas que viven en comunidades diversas, que pueden compartir algunos elementos en la forma de ver el mundo pero que, a la vez, pueden presentar diferencias intensas, especificidades notorias que, para la Sala, pueden escapar al tipo de evaluación que refleja la prueba de conocimiento.

189. Este punto, por ser novedoso en la jurisprudencia constitucional, y porque supone un fortalecimiento del precedente sentado por la Sala Tercera en la Sentencia T-292 de 2017, explicada en los fundamentos normativos de esta providencia, merece una justificación adicional.

190. El mérito ha sido considerado por la Corte Constitucional, en una relación de complementariedad con el de igualdad, como el elemento central del sistema de carrera, que, a su vez, constituye el mecanismo principal y preferente de acceso a los cargos públicos. Esta construcción parte de la idea de que los cargos públicos son un bien constitucionalmente relevante y son, además, bienes escasos, de modo que su distribución constituye un problema de justicia. En la medida en que acceder a los cargos es un derecho fundamental y, por lo tanto, su titularidad radica en cabeza de todas las personas, pero no hay suficientes cargos, debe escogerse a los mejores, quienes deben demostrar esa capacidad mediante la superación de pruebas especialmente diseñadas en razón de la naturaleza, funciones y responsabilidad del cargo; y, desde un punto de vista más amplio, desde los principios de la función pública.

191. Ese problema de justicia, su relación con la igualdad, y esa incidencia en la función pública y en el principio de participación democrática, son los elementos que hacen que el sistema de carrera (igualdad y el mérito) haya sido considerado por la Corte Constitucional como un eje definitorio de la Constitución Política; y, es esta última consideración, la que inspira a los accionantes para considerar que el aval no puede negarles el derecho al acceso a un cargo, que, estiman, ya obtuvieron por mérito.

192. Pero, si el mérito es la idoneidad para ejercer de la mejor manera posible una función, y a la vez acceder entonces al beneficio de hacerlo, resulta que a las ideas recién esbozadas les hace falta incorporar un elemento adicional, inescindible al escenario constitucional estudiado, y que también se encuentra en la estructura definitoria de nuestro sistema constitucional, como es el pluralismo, la igualdad de culturas, la diversidad; en fin, la construcción del estado cultural; la identidad nacional que incorpora, acepta y protege la diferencia.

193. En un contexto como este, quien está en mejores condiciones de ejercer el cargo de etnodocente no es solo quien supera una prueba de conocimientos. Lo anterior, ya que esas pruebas tienen una naturaleza general, para asegurar que puede asumir los contenidos del sistema educativo para prestar la mejor calidad en el servicio; y, aunque incorporen las ideas centrales de la diversidad cultural, la especificidad de cada comunidad escapa a las mismas. Es oportuno aclarar desde un principio el alcance de esta afirmación: no es que la prueba de conocimientos sea irrelevante para el mérito en este escenario y consecuentemente para la garantía de la calidad en el acceso a la educación. Lo que ocurre es que es insuficiente, pues no puede (en el sentido de imposibilidad fáctica) evaluar la idoneidad frente a cada una de las comunidades. Esta idoneidad, por definición, también debe surgir desde cada comunidad y existen elementos de juicio para suponer que los distintos factores a ser tenidos en cuenta no pueden ser definidos a priori.

194. Vale la pena, entonces, con ánimo ilustrativo, recabar en hechos históricos ya mencionados por este Tribunal en distintos pronunciamientos, y que han sido considerados también por el Congreso de la República, específicamente, para las comunidades negras, palenqueras, afrodescendientes y para el pueblo raizal.

195. Así, la Corporación ha señalado que, en el escenario de la trata y esclavización de

personas desde África a América, durante el período colonial, la posibilidad de obtener la libertad suponía asumir los peligros de escapar al sistema esclavista, que defendía esa insuperable lesión a la dignidad humana, como una manifestación del derecho a la propiedad privada; ello generó, bien la huida de los y las afectadas a la cuenca del pacífico, pues sus condiciones geográficas e incluso ambientales (como la presencia de mosquitos) las protegía; bien el fortalecimiento, incluso armado, en lugares como San Basilio de Palenque, donde, en medio de una ciudad de especial importancia, como Cartagena, las personas negras se hicieron fuertes, y retaron abiertamente el poder dominante, obteniendo altos niveles de autonomía.

196. En el primer caso, la ubicación en la vertiente pacífica genera relaciones especiales con el río, con los puertos; modos de producción especiales; preservación de ritos ancestrales. En el segundo, dan lugar a una forma organizativa especial, dotada de una amplia autonomía e, igualmente, apta para la preservación de costumbres del ancestro africano. Y de ahí surgen expresiones económicas, asociadas a modos de producción específicos; o manifestaciones culturales, como los cantos del pacífico, o una creación culinaria de naturaleza especial, por citar algunos ejemplos concretos[216].

197. Sin embargo, todo lo expuesto es en cierta medida irrelevante para la comprensión del pueblo raizal, cuya ascendencia se asocia más a Gran Bretaña, al mestizaje con el pueblo indígena misquito de Nicaragua, y a sus relaciones con los habitantes de las distintas islas Antillas; cuyas influencias culturales están marcadas intensamente por la iglesia bautista, por el idioma inglés, y su variante nativa, el creole; o por la relación con la cultura jamaicana; y cuyo modo de producción y generación de bienes ha variado en la historia del cultivo de copra (coco), al comercio, a la pesca y al turismo, en procesos históricos que no hace falta mencionar en este momento[217].

Estos ejemplos muestran que, incluso si se toma en consideración a los distintos pueblos, considerados en su integridad, y no sólo como comunidades, las variantes entre unos y otros son intensas; los saberes culturales son diversos; la relevancia que tienen algunos en la formación de sus niños, niñas y adolescentes no es ponderable desde una escala de valores propia de la población mayoritaria.

198. Ahora bien, cada uno de los pueblos se divide en comunidades, que guardan, sin duda,

similitudes relevantes con sus vecinos, o con comunidades que hacen parte del mismo pueblo, pero que pueden también presentar diferencias, en función de su ubicación, de los suelos que cultivan, de las riberas de las que obtienen sus alimentos, del mar, o, incluso, de su relación con el pueblo mayoritario.

199. Las posibilidades del proceso formativo que involucren, a manera puramente ilustrativa, la pesca, el conocimiento de las cosechas, los modos de practicar la agricultura, los idiomas propios o, dentro del español, las variantes idiomáticas, el conocimiento de lo que solo tiene nombre en un contexto determinado; la necesidad de incorporar fábulas, mitos o historias tradicionales; la transmisión de un conocimiento musical especial; o la creación de espacios tales como emisoras comunitarias, son asuntos en los que el aval de la comunidad no sólo adquiere pleno sentido sino que, además, permitirá avanzar en ese diálogo inter cultural que debe dar lugar a una etnoeducación acorde con los estándares del DIDH y, progresivamente, a que los pueblos, con el concurso del Estado en la consecución de los recursos necesarios, asuman, en el marco de la progresividad, el destino de sus procesos formativos.

200. De ahí que sea necesario, en este punto, aclarar un aspecto del problema jurídico, así como distanciarse parcialmente de la posición de las personas accionantes, que consideran que la negativa del aval, por sí sola, desconoce su derecho al mérito.

En criterio de la Sala, tal como se dijo en la Sentencia T-292 de 2017, el aval hace parte del concurso de méritos, y la razón de ello, es que su propósito se cifra en que la comunidad interesada pueda analizar la idoneidad cultural del interesado, no en el escenario general (o al menos regional) del concurso, sino en el específico de cada territorio colectivo. En otros términos, si el aval es un elemento que hace parte del conjunto de factores que sirven para definir el mérito del aspirante, no es admisible sostener que su negativa se opone necesariamente al mérito.

201. De igual manera, debe la Sala enfatizar en que este requisito no sólo hace parte de este concurso especial, sino que, además, era plenamente conocido por los aspirantes, lo que desvirtúa, de plano, la acusación basada en el presunto desconocimiento de un derecho adquirido. El derecho de acceso a una plaza específica, sólo se adquiere cuando se han cumplido todos los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios. Y, en este

contexto, ellos incluyen el aval de reconocimiento cultural.

202. Un asunto distinto, y al que la Sala destina el siguiente acápite, es la evaluación de las condiciones en las que debe darse el aval. Este no es, como lo dijo la Sala Tercera en la T-292 de 2017 y lo reitera hoy la Sala Plena, una potestad absoluta de los consejos comunitarios, pues su concesión, al igual que su negación debe apoyarse en razones basadas en la cultura de cada comunidad interesada, pues sólo así se satisface el fin que persigue, en lo que hace a la protección de la identidad cultural y la autonomía de los pueblos étnicamente diferenciados.

203. En estos términos, el aval es expresión del mérito como criterio del acceso a la función pública y la introducción de un principio constitucional de esta naturaleza redundaría en el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos dentro del concurso de méritos. Esto es determinante para comprender que los Consejos Comunitarios como máxima autoridad al interior de un territorio colectivo pueden otorgar o no el citado reconocimiento cultural, en el marco de su autonomía, pero esta no es una facultad absoluta. La negativa debe basarse en razones asociadas a la idoneidad para la formación cultural de la comunidad, lo que incluye las tradiciones, el idioma, los valores, usos y costumbres, la concepción del desarrollo, los asuntos atinentes a su modo de producción o supervivencia, entre otros aspectos. Es decir, la motivación aducida debe basarse en la existencia de una incompatibilidad entre los conocimientos del aspirante y la preservación de la conciencia cultural del pueblo colectivo.

En este punto, la Sala debe enfatizar que la prohibición de la arbitrariedad es un principio que se impone aun a las autoridades indígenas, negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales en el otorgamiento del aval, pues estas también se rigen por la Constitución.

205. Para la Sala, el criterio de pertenencia a una comunidad colectiva puede ser un verdadero motivo de oposición para no otorgar el aval, según se expuso con amplitud, pero siempre que, además de esa afirmación, las comunidades expliquen por qué ese factor es, en su caso, determinante para prever la mejor realización posible del derecho fundamental a la educación en unas condiciones y necesidades especiales. En otros términos, que la pertenencia del docente aspirante a la comunidad tradicional es imprescindible para garantizar que sus usos, costumbres y tradiciones se preserven (o modifiquen, pero de

forma autónoma) y que, en consecuencia, la escogencia de una persona ajena a la comunidad pone en riesgo los procesos de formación internos, en tanto sus conocimientos son precarios o insuficientes para representar una cosmovisión cultural en particular.

206. La ausencia de este tipo de razones supondría otorgar a las comunidades interesadas un poder ilegítimo, como sería el de descalificar, sin motivos constitucionalmente válidos, las capacidades, competencias, aptitudes y habilidades de ciudadanos que, sin hacer parte de la etnia, demuestran idoneidad, experiencia, e interés genuino en impartir una educación con enfoque diferencial, lo cual también asegura una educación de calidad para los niños y niñas de las comunidades étnicas.

207. Esas condiciones buscan que el aval no se convierta en una manifestación arbitraria de las comunidades étnicas, de manera que se desconozcan otros derechos. En efecto, el veto de una comunidad respecto de un concurso etneducativo haría nugatorio el derecho al mérito de quien participó en el mismo. Además, esta decisión conllevaría a que los menores de edad no reciban una educación de calidad, pues quien obtuvo un mayor puntaje y no recibe el aval cultural no podrá ejercer el cargo de etnodocente. De esta manera, los consejos accionados quedarían con la potestad de seleccionar a quien ellos prefieran, de suerte que la naturaleza constitucional del concurso de méritos se perdería y quedaría desdibujado. En este orden de ideas, el aval no puede ser interpretado como el único requisito del concurso de méritos y tampoco como la manifestación absoluta del derecho a la consulta previa de las comunidades.

208. En esa medida, la Sala Plena encuentra que el otorgamiento del aval debe ejercerse bajo ciertos límites constitucionales que ponderen y garanticen la conservación de la identidad cultural y no desconozcan el mérito de los docentes seleccionados en la lista de elegibles. De esta manera, es necesario que esta decisión se fundamente en motivos razonados desde el punto de vista cultural, y no en deliberaciones arbitrarias y caprichosas de los consejos accionados. En otras palabras, esta expresión cultural debe estar fundada en razones que no excluyan injustificadamente el nombramiento y la posesión del aspirante a etnoeducador en periodo de prueba.

209. Tales planteamientos no fueron expuestos con claridad, de conformidad con los supuestos fácticos analizados pues, en estos se observa que, en algunos casos se guardó

silencio y, en otros, la negativa de los consejos accionados se limitó a mencionar la no-pertenencia a la comunidad y la protección de los docentes nombrados en provisionalidad. Aún en los casos en que se argumentó la falta de conocimiento de los procesos culturales propios de la comunidad por no habitar o pertenecer al territorio, se hizo de forma general y no atendió a explicar para el caso particular cómo la prestación del servicio por el aspirante desconocería sus usos y costumbres de forma determinante.

210. Durante el periodo de revisión, la Sala insistió en la obtención de razones para haberse negado el aval y le solicitó a los diferentes consejos que ahondaran en los motivos que condujeron a adoptar tal determinación. Sin embargo, para los casos de Jofrey David Castañeda Tenorio (Expediente T-6048033) y Máxima Angulo Ruiz (Expediente T-6057989) no se obtuvo ningún pronunciamiento, lo que permite deducir que los argumentos inicialmente empleados para negar el reconocimiento cultural se mantienen al día de hoy y, en consecuencia, los actores no han sido designados como etnoeducadores con fundamento en consideraciones que desconocen las subreglas jurisprudenciales establecidas en esta providencia.

211. De otra parte, para los casos de Ruby Esnadit Florez Rivadeneira (Expediente T-6.068.552) y Jhon Erson Orobio Rodríguez (Expediente T-6.217.796) las razones aducidas durante el proceso variaron. En un primer momento, no se les dio ninguna respuesta, en un segundo momento, se les dijo verbalmente que no se les daría el aval, pues se debía proteger a las personas que se encontraban nombradas en provisionalidad.

212. Ruby Esnadit Florez Rivadeneria (Expediente T-6.217.796) afirmó que participó en el mencionado concurso “en representación de la planta docente (provisionalidad) del Municipio de Barbacoas – Nariño”[218]. Así, al momento de escoger la plaza en la audiencia pública se incluyeron dos más en el Municipio de Barbacoas, por lo cual seleccionó el centro educativo Macharé y adujo que el 26 de julio de 2016 “siendo miembra activo (sic) de la población afrodescendiente y nativa del Municipio”[219] preocupada por el silencio del consejo de casi un año les dirigió una carta solicitando el aval por escrito. Posteriormente, afirma que recibió “un pronunciamiento verbal por parte de miembros del consejo comunitario manifestando que no se lo concederán [el aval] a ninguno de los nativos que participaron en el concurso (...) por cuanto debían proteger a los compañeros que no participaron en el concurso de méritos y hoy se encuentran en provisionalidad ocupando la

mayoría de las vacantes que los concursantes”[220] seleccionaron.

En el expediente también reposa el acta de una reunión en Barbacoas entre la asociación de consejos comunitarios con al menos 23 representantes[221] en el cual los intervinientes explican que la problemática consiste en que algunos representantes no están de acuerdo con los resultados del concurso, quieren proteger a los docentes en provisionalidad y hay objeciones acerca de la idoneidad cultural de algunos elegidos[222].

Durante el trámite de la acción el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambí” explicó que su territorio se guía por normas diferenciadas a las de educación general, en razón a la protección de la identidad étnica y cultural, y precisó el alcance de la etnoeducación desde las diferentes provisiones legales al enfatizar que existía una preferencia por las personas pertenecientes a la comunidad[223]. De otra parte, subrayó que los concursos desconocían los elementos culturales de las comunidades étnicas y que si “los pueblos indígenas no tienen obligación de concursar para seleccionar sus docentes, nosotros tampoco tenemos esa obligación y menos cuando dichos concursos para los grupos étnicos están viciados de nulidad”[224]. Así, solicitó la nulidad del Acuerdo 0282 de 2012, la Convocatoria No. 238 de 2012, el Acuerdo 407 de 2013 así como el concurso de 2013 y la Resolución 3425 de julio de 2015, por la cual se conformó la lista de legibles. Específicamente, respecto al caso de la señora Florez Rivadeneira pidió que se le buscara una institución educativa por fuera de los territorios étnicos.

Posteriormente, en sede de revisión, el representante legal del Consejo Comunitario precisó que la tutelante no cumplía los requisitos, por “no pertenecer a la Comunidad del Consejo Comunitario ‘La Gran Minga del Río Iguambí’”[225], no estar radicada y no ser nativa del territorio de dicho consejo, de lo cual se desprende que no conoce sus particularidades culturales.

Para el caso de Jhon Erson Orobio Rodríguez (Expediente T-6.068.552) sucedió algo similar ya que el accionante indicó representar “la planta docente (en provisionalidad) del Municipio de Olaya Herrera o Satinga - Nariño”[226], también afirmó ser nativo del Municipio, haber solicitado el aval sin respuesta por casi un año y presentar escrito con la misma petición el 20 de septiembre de 2016. Asimismo, como respuesta verbal alegó que le

comunicaron que la negativa se fundamentaba en la protección de las personas que se encontraban en provisionalidad.

Adicionalmente, adjuntó un comunicado de la Mesa Departamental de Etnoeducación Afrocolombiana dirigido a las Juntas Directivas de los consejos comunitarios y a los docentes del Municipio de Mosquera, en el cual se indica que “el proceso de resistencia civil que se inició en el 2013 frente al concurso convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil todavía sigue vigente y en esta última etapa no se debe otorgar el aval porque es una decisión de unidad regional de todos los consejos comunitarios que conforma ASOCETNAR como una postura política y autonomía como una forma de rechazo a la violación de derechos de las comunidades afrocolombianas contemplados en la Legislación Étnica Especial”[227].

El “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” del Municipio de Olaya Herrera en su contestación en sede de tutela expresó que los consejos comunitarios “desde [su] cosmovisión [tienen sus] propios procesos etnoeducativos los cuales involucran a todos los miembros del Consejo Comunitario quienes deciden dentro del marco de autonomía los etnoeducadores de acuerdo con el decreto 804 que estima en su artículo 11 los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbres, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación, responsabilidad, sentido de pertenencia a su pueblo, capacidad investigativa, pedagogía y articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas”[228]. Igualmente, subrayó la autonomía de su consejo para entregar el aval, lo cual en su concepto incluye la forma de respuesta, selección de los etnodocentes y la preferencia de quienes integran su comunidad. También afirmó que “si bien los concursantes manifiestan que son miembros activos de la población afrodescendientes se puede demostrar que no hacen parte del consejo comunitario”[229] y que su población cuenta con docentes etnoeducadores idóneos “los cuales hacen parte de un proceso de más de 15 años que reivindica derechos territoriales del pueblo negro en Olaya Herrera”[230].

Por último, señaló que aunque no se respondió por escrito a la solicitud de aval, sí se reunieron con el aspirante y le explicaron verbalmente los motivos de la negativa.

213. Así las cosas, para la Sala es claro que el problema mencionado no ha sido solucionado

pues, de conformidad con la información suministrada por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño durante el periodo de revisión, en la actualidad, la plaza docente del Centro Educativo “Bellavista” ubicado en la localidad rural Bocas de Santinga, Municipio de Olaya Herrera, Departamento de Nariño y, que fue elegida por el señor Jofrey David Castañeda Tenorio inicialmente, se encuentra ocupada en provisionalidad por la señora Arcesia Caicedo Solís[231]. Por su parte, la vacante seleccionada por la señora Máxima Angulo Ruiz en el Centro Educativo “Víbora Paraíso”, jurisdicción del Municipio de Olaya Herrera, Nariño está ocupada en provisionalidad por la señora Antonia Meza de Valarezo[232]. De la misma forma, en los casos de Jhon Erson Orobio Rodríguez (Expediente T-6.217.796) y Ruby Esnadit Florez Rivadeneira (Expediente T-6.068.552) las plazas que seleccionaron cuentan con docentes nombrados en provisionalidad.

214. En ese orden de ideas, para la Corte Constitucional las respuestas ofrecidas por los Consejos Comunitarios accionados no satisfacen los parámetros indicados por esta Corporación para negar el reconocimiento cultural que, se reitera, deben dirigirse a demostrar que las aptitudes, formación o estrategias pedagógicas que caracterizan al aspirante (su perfil como educador) no solo no contribuyen al respeto y preservación de la identidad cultural de la comunidad concernida, para garantizar su conciencia histórica, su modo de producción, sus ritos, su idioma (o sus variables idiomáticas), entre otros aspectos ya mencionados, sino que la desconocería.

215. Por otra parte, los consejos comunitarios alegaron, entre otras cosas, que no otorgarían el aval de reconocimiento cultural, toda vez que se debían respetar los derechos de los docentes en provisionalidad. Al respecto, la Sala destaca que aunque la vinculación temporal de estos docentes es un mecanismo que evita que se afecte la continuidad en el servicio de educación de los menores de edad, es una medida provisional mientras se adelanta el concurso de méritos para proveer de manera definitiva estos cargos. En esa medida, los docentes que ocupan provisionalmente los puestos de los demandantes en los centros educativos “Bellavista”, “Víbora Paraíso”; “Merizalde Porvenir” y “Machare”, quienes además fueron notificados y vinculados a los procesos de tutela, deben superar el concurso de méritos de etnoeducadores para ser nombrados en propiedad.

En este punto la Sala no puede desconocer que los motivos que los consejos presentan son complejos, pues además de las razones ya analizadas se insertan en una posición

generalizada de desacuerdo respecto del concurso de méritos por parte de los consejos comunitarios. En las respuestas presentadas durante el trámite se evidencian manifestaciones como que los consejos se encuentran en resistencia civil, que no le darán el aval a “ninguna” de las personas que participaron en el concurso y, de la respuesta de ASOCETNAR, el gremio de los consejos, en uno de los casos también se puede concluir que la anterior es una posición general. Adicionalmente, desde la Sentencia T-925 de 2013 se evidenció la mencionada postura ya que diferentes consejos comunitarios de la misma región manifestaron su desacuerdo con los términos de la Convocatoria No. 238 de 2012, esencialmente, por considerar que no protegía a los miembros de sus comunidades que ejercían cargos en provisionalidad.

Como se dijo anteriormente, en todos los casos se violó el derecho al debido proceso al: (i) incumplir el término para responder, lo cual en algunos casos se extendió a un silencio de casi un año; (ii) no precisar y explicar a los accionantes los motivos culturales específicos de la negativa en esa instancia y, finalmente, (iii) invocar verbalmente razones diferentes a la idoneidad cultural para negar el aval en un contexto generalizado con el objetivo de vetar el concurso de méritos y la provisión de los cargos en propiedad.

216. En este sentido, para la Sala es claro que los motivos en los cuales se fundamentan las negativas no son admisibles, pues no responden a razones de orden cultural específicas sobre los aspirantes a etnoeducadores, sino que pretenden desconocer el concurso de méritos para proteger a las personas nombradas en provisionalidad y por considerar que el mismo no respetó su derecho a la consulta previa. Como se dijo, el contexto del que se desprenden las respuestas de las comunidades permite ver que la negativa masiva de otorgamiento del aval va más allá del análisis de la idoneidad de los aspirantes y se deriva de una posición política de los Consejos Comunitarios que alega su autonomía para justificar la selección de plazas oficiales por encima del concurso de méritos.

La anterior posición se traduce en una disposición del aval como un poder de veto y en una desnaturalización del mecanismo de participación para imponer visiones que tienen como efecto denegar el acceso a la función pública, de forma injustificada. El aval se da en el contexto de un concurso de méritos para proveer plazas en propiedad, mientras que el nombramiento en provisionalidad es la excepción para los cargos que son de carrera. El objetivo de lo anterior, en este ámbito, es garantizar la provisión del servicio de educación

con calidad. Luego, ante la existencia de un concurso de méritos legítimo no es posible superponer la estabilidad de cargos en provisionalidad, más cuando estas personas también tuvieron la posibilidad de presentarse al concurso.

La Sala no desconoce que parte de los motivos para negar el aval es proteger a los docentes nombrados en provisionalidad, lo cual puede responder a razones de idoneidad cultural y a que estas personas pueden tener condiciones deseables al formar parte de su comunidad y de sus procesos de formación. No obstante, como se dijo, el aval no puede convertirse en veto o en una manifestación absoluta del derecho a la consulta previa, que desconozca derechos fundamentales y principios de protección constitucional.

En estos términos, no es posible respaldar la determinación de los Consejos Comunitarios, pues con ello se omite: (i) que se respetó la participación de las comunidades en relación con la Convocatoria; (ii) el mérito en el acceso a la función pública y la imposibilidad de mantener en provisionalidad plazas que pueden nombrarse en propiedad de conformidad con las reglas vigentes; al igual que (iii) el sentido del aval en los términos expuestos en esta providencia. Igualmente, y como se expuso, el silencio de los consejos comunitarios también privó a los accionantes de las garantías al debido proceso, y de acceso a la función pública por razones del mérito, con lo que también se comprometió la continuidad de la prestación del servicio.

En esa medida, comoquiera que la determinación acerca de la ausencia de idoneidad de una persona para desempeñarse como etnodocente debe fundamentarse en razones culturalmente relevantes, en las que se exprese por qué el concursante no satisface las exigencias del cargo en el contexto de la comunidad étnicamente diferenciada y que estas exigencias no fueron observadas en los asuntos bajo estudio, la Sala constata una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, en tanto garantía que se protege con la introducción del principio constitucional del mérito, en el marco de un concurso público de la naturaleza advertida. Ante esta situación, resulta imperioso adoptar un remedio constitucional tendiente a mitigar tal afectación.

Remedio, notificación y término

217. Ante el panorama antes expuesto, la Sala procederá a garantizar los derechos al debido proceso y al acceso a empleos públicos de los tutelantes, quienes participaron en la

Convocatoria No. 238 de 2012 para acceder al cargo de etnoeducadores en el Departamento de Nariño. Antes de establecer el remedio adecuado, sin embargo, la Sala procede a efectuar algunas precisiones.

218. En primer lugar, es oportuno referirse al plazo con el que han contado los Consejos Comunitarios para pronunciarse sobre el aval de acuerdo a las reglas que rigieron la Convocatoria, y que fue objeto de consideración por esta Corporación en la sentencia T-292 de 2017, en búsqueda de un equilibrio más adecuado entre los distintos intereses constitucionales que se trenzan, se oponen y complementan en este escenario, y con el propósito de evitar que se conviertan en barreras de acceso para la eficacia del derecho fundamental a la etnoeducación.

Concretamente, la Sala observa que: (i) en ninguno de los expedientes acumulados se ha cumplido el término de 5 días para conceder o negar el aval; (ii) en algunos casos sólo se respondió un año después de haberlo solicitado; y (iii) la respuesta por escrito solamente se dio en sede de tutela.

Para esta Sala es fundamental que cualquiera que sea la decisión de los Consejos Comunitarios ésta sea comunicada a los aspirantes en los términos del artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015[233]. Lo anterior, en aras de garantizar el derecho al debido proceso y la continuidad del servicio, ya que enterados de la decisión del Consejo Comunitario existirían dos posibilidades. Primero, si la misma responde a los criterios legítimos delimitados en esta decisión, el no otorgamiento del aval activa la aplicación de otras reglas, a las que se hará referencia más adelante, para que se materialice la provisión de los cargos. Segundo, de considerar que las razones de la negativa no responden a criterios objetivos y culturalmente adecuados, los aspirantes podrían controvertirla.

219. De otro lado, en este caso se dictará una sentencia que se proyecta directamente sobre el destino de cuatro centros educativos, dos Consejos Comunitarios y cuatro aspirantes a etnodocentes, pero que habla, además, de una convocatoria para la provisión de 336 cargos en todo el Departamento de Nariño. En ese marco, es posible afirmar que existe un grupo general de interesados (comunidades y aspirantes dentro de la Convocatoria 238 de 2012, que integran la lista de elegibles) que debe recibir un trato igual, lo que exige la extensión de los efectos del fallo a dicha población, es decir, la concesión de

efectos inter comunis.

220. Para la Sala, es importante solucionar este problema no sólo para los casos objeto de revisión, sino, de manera definitiva, para todas las comunidades para las que se previó la Convocatoria. Si bien la solución de ese problema es urgente, para garantizar la prestación continua del servicio en condiciones de calidad y adecuación cultural, semejantes a las ya descritas, también es importante que esta sea lo más estable posible y que no se traduzca en un intercambio interminable de solicitudes y negativas entre las comunidades y la Secretaría de Educación Departamental, que, a la postre, perjudica, más que a nadie, a los niños, niñas y adolescentes de pueblos tradicionales, pues las falencias o rupturas de su proceso educativo quedarán marcadas en su formación para toda la vida.

221. Por último, la Sala observa dos situaciones distintas en relación con los casos acumulados. Como se desprende de los antecedentes, de las intervenciones de las comunidades ante la Corte y de diversas afirmaciones de la Secretaría de Educación, ante los distintos intentos para resolver la situación derivada de las solicitudes de otorgamiento del aval, los Consejos Comunitarios decidieron (i) guardar silencio, o (ii) negar el aval por razones que incluían una posición de rechazo al concurso, de forma general, por la presunta violación al derecho a la consulta previa; un respaldo inequívoco a las personas que ocupan los cargos, en provisionalidad; o una postura basada en razones de pertenecían a la comunidad, sin aclarar por qué esta situación hacía incompatible su nombramiento con los elementos culturales que protege la educación culturalmente adecuada.

222. Como se advirtió, no es posible respaldar la determinación de los Consejos Comunitarios, pues con ello se desconoce: (i) que se respetó la participación de las comunidades en relación con la Convocatoria, con base en lo dispuesto en esta sentencia al resolver el primer problema jurídico; (ii) el mérito en el acceso a la función pública y la imposibilidad de mantener en provisionalidad plazas que pueden nombrarse en propiedad de conformidad con las reglas vigentes; al igual que (iii) el sentido del aval en los términos expuestos en esta providencia. Igualmente, y como se expuso, el silencio de los consejos comunitarios también privó a los accionantes de las garantías al debido proceso, y de acceso a la función pública por razones del mérito, con lo que también se comprometió la adecuada prestación del servicio.

223. Por ese motivo, y con el doble propósito de avanzar en el ajuste del diálogo intercultural y propiciar a la vez una respuesta que permita superar la situación que afectó a la Convocatoria No. 238 de 2012, la Sala adoptará un remedio complejo, basado en los siguientes elementos, que se desprenden directamente de las consideraciones previamente vertidas en esta providencia:

Una tarea esencial para superar esta situación radica en la adecuada difusión de las subreglas establecidas por esta Corporación, razón por la cual la Sala ordenará el despliegue de una fase de sensibilización, en la que la Comisión Pedagógica Nacional, en el término de cinco días contados a partir de la notificación de esta sentencia, deberá diseñar una estrategia de difusión del contenido de esta providencia entre los distintos consejos comunitarios de Nariño, cuya implementación se desarrollará, asimismo, en los cinco días siguientes. El propósito de esta labor es que las comunidades conozcan el alcance de su obligación frente al debido proceso, en lo que tiene que ver con la validez de las razones para negar el aval; las autoridades públicas tengan certeza sobre las consecuencias que comporta su negativa; y los aspirantes no enfrenten una situación de indefinición.

224. Superada la anterior fase de sensibilización, deben aplicarse las reglas que a continuación se precisan, advirtiéndose que (i) se formulan en un escenario particular, pues la Convocatoria Etnoeducadores Afrocolombianos No. 238 de 2012 se adelantó bajo las condiciones generales previstas en el Decreto 1278 de 2002[234], cuando esta normativa aún era aplicable para las comunidades negras, raizales y palenqueras[235]; y, (ii) no interfieren en los derechos adquiridos de quienes, luego de cumplir con los requisitos previstos en la Convocatoria y en las normas aplicables para obtener su vinculación como docentes o directivos docentes[236], desempeñan actualmente un cargo provisto como consecuencia de la Convocatoria No. 238 de 2012.

Primero. En los cinco días siguientes a la finalización de la fase de sensibilización, los Consejos Comunitarios deberán, con fundamento en los lineamientos establecidos anteriormente, evaluar nuevamente y resolver de manera definitiva la solicitud del aval de reconocimiento cultural de que trata el artículo 4 del Decreto 140 de 2006, requeridos previamente por los aquí tutelantes y de quienes se encuentren en idéntica situación.

Para el caso concreto de los aquí peticionarios, entonces, con el objeto de garantizar los

derechos al debido proceso y de acceso a cargos públicos, en el marco de una convocatoria pública que pretende además la prestación de un servicio eficiente y de calidad para niños, niñas y adolescentes de estas comunidades, la Sala le ordenará que tal labor de estudio del aval sea realizada por el “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” y el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi”, de acuerdo con sus competencias.

Ahora bien, si el Consejo respectivo se niega, la decisión debe explicar las razones en términos suficientes (de acuerdo con la jurisprudencia constitucional), por escrito y dentro del término ya referido. El requisito de que la negativa conste por escrito, empero, no se aplica para los casos en los cuales tal tradición sea contraria a las costumbres culturales de la comunidad, caso en el cual ésta deberá definir, de la mano de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, un sistema de comunicación distinto, culturalmente idóneo, y que satisfaga la certeza, oportunidad y seguridad jurídica de la información.

Segundo. Si el Consejo Comunitario correspondiente niega el aval, y lo hace después de cumplir las condiciones de suficiencia establecidas en esta providencia, es decir, explicando por qué los conocimientos de los ciudadanos no representan los valores y saberes de su cultura, el Consejo Comunitario deberá seleccionar de la lista de elegibles, respetando el orden alcanzado en las pruebas previas, a los primeros miembros de su comunidad que participaron en el concurso para promover el nombramiento en período de prueba y que deseen ocupar la plaza correspondiente.

Lo anterior, debido a que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las condiciones precisas en las cuales se llevó a cabo este concurso fueron fundamento para aplicar la cláusula de preferencia a favor de los miembros de la comunidad. Esta cláusula surge directamente del artículo 27 (especialmente numeral 2º) del Convenio 169 de la OIT, según el cual los Estados parte tienen la obligación de propiciar y promover la formación y participación de los docentes en los sistemas educativos propios, con el propósito de que, progresivamente, las comunidades y pueblos asuman directamente la prestación del servicio. Estos principios, además, encuentran un desarrollo inicial en la Ley 115 de 1994, cuyo artículo 62 establece que se preferirá a docentes de las comunidades en la selección de los etnoeducadores.

Sin embargo, cabe reiterar que, de conformidad con la Sentencia T-292 de 2017[237],

dicha cláusula de preferencia, para este caso específico, solo se activa: (i) cuando el consejo comunitario niega el aval y lo hace después de cumplir unas condiciones de objetividad; y (ii) hayan participado personas de la comunidad en el concurso. Con todo, también se debe precisar que lo anterior no significa que la participación en un concurso de méritos para la provisión de etnodocentes esté necesariamente restringida a personas de las comunidades en las cuales se va a prestar el servicio de educación, y así que personas ajenas a la comunidad no puedan aspirar a ocupar tales plazas, cuando superan todos las etapas del concurso.

De acuerdo con lo expuesto, al armonizar la garantía de esta forma de expresión de la participación de las comunidades étnicas en las decisiones que los afectan directamente como protección de su identidad cultural, con los presupuestos del artículo 125 de la Constitución acerca del acceso a la función pública mediante el mérito, surge para el caso concreto –en el cual las condiciones en las que se dio el concurso son particulares– la necesidad de dar aplicación a la regla de preferencia en el evento en que exista uno o varios aspirantes que hagan parte de la lista de elegibles y de las comunidades en las cuales se seleccionaron las plazas, que quieran acceder a esa vacante y se escojan en estricto orden de la misma.

Tercero. En caso de (i) no existir un concursante de la comunidad y que quiera ocupar esa plaza, o (ii) que las vacantes superen el número de las que puedan proveerse mediante la anterior etapa, se aplicará una regla de vinculación a cargo de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño por estricto orden de mérito, en atención a la conformación final de la lista de elegibles.

De ser necesario, a fin de cumplir con lo dispuesto en el párrafo anterior, la Secretaría mencionada podrá promover una nueva audiencia de selección de plazas, con el objeto de evitar al máximo posible que, por ejemplo, a quienes ya se les negó el aval de manera justificada por un Consejo Comunitario vayan a desempeñar cargos en esa comunidad en específico. Sin embargo, pueden presentarse casos en los que eso suceda, y ante la inexistencia de personas de la comunidad que hayan superado el concurso, las vacantes serán provistas de acuerdo con la conformación de la lista de elegibles. Se precisa que esta medida se adopta con el objeto de satisfacer la adecuada prestación del servicio educativo a niños, niñas y adolescentes.

Por último, la formulación de estas reglas como remedio constitucional definitivo ante la violación de los derechos al debido proceso y acceso a cargos públicos, no inhibe a las autoridades competentes de la debida aplicación de otras reglas previstas en el marco normativo general del concurso adelantado a través de la Convocatoria No. 238 de 2012.

Alcance de la decisión a adoptar: efectos inter comunis

225. Como se advirtió, la Sala Plena encuentra que existe una situación excepcional que amerita en este caso hacer uso de las facultades del juez de tutela para fijar el alcance de este fallo, más allá de las partes del proceso. Como lo ha dicho ampliamente la jurisprudencia de esta Corte, por regla general, los efectos de las decisiones que profiere este Tribunal en su labor de revisión de las sentencias de tutela son inter partes, es decir, solo afectan a las partes involucradas en el proceso. Sin embargo, también se ha admitido que el juez constitucional puede determinar los efectos de sus fallos, para garantizar la mejor protección de los derechos fundamentales y su plena garantía.

226. En uso de esta facultad, esta Corte ha proferido diversas providencias de tutela, en las que ha definido un alcance mayor a los efectos inter partes en casos en que ha advertido que limitar su decisión a dichos efectos podría, por ejemplo, violar el derecho a la igualdad de quienes en circunstancias comunes no acudieron a la acción de tutela. A estos efectos se les ha denominado inter comunis (entre comunes).

Sobre el particular, la Sentencia T-025 de 2015[238] reiteró lo dicho en la Sentencia SU-1023 de 2001[239], en la que se explicó que:

“(…) hay eventos excepcionales en los cuales los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.”

Desde esa óptica, los efectos inter comunis pueden definirse como aquellos efectos de un fallo de tutela que de manera excepcional se extienden a situaciones concretas de personas que, aun cuando no promovieron el amparo constitucional, se encuentran igualmente

afectadas por la situación de hecho o de derecho que lo motivó, producto del actuar de una misma autoridad o particular, justificado en la necesidad de dar a todos los miembros de una misma comunidad un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales”.

227. Además, la jurisprudencia también ha señalado que la modulación de los efectos se justifica “i) para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva”[240].

228. En el mismo sentido, se ha dicho que la adopción de estos efectos es procedente cuando se constate la existencia de un grupo en el cual: (i) existan otras personas en la misma situación; (ii) exista identidad de derechos fundamentales violados; (iii) en el hecho generador; (iv) deudor o accionado; además de (v) un derecho común a reconocer; y, finalmente, (vi) identidad en la pretensión[241].

229. Para la Sala este es uno de aquellos eventos en el cual se cumplen las condiciones reseñadas que hacen procedente adoptar efectos inter comunis, al constatarse un grupo en condiciones objetivas similares. Veámos.

En primer lugar, existe un grupo conformado por, al menos, 167 aspirantes a etnoeducadores adicionales a quienes promovieron las presentes acciones de tutela que participaron y superaron el concurso de méritos de la Convocatoria 238 y fueron escogidos en la lista de elegibles mediante Resolución 3425 de julio de 2015 de la Comisión Nacional del Servicio Civil y que, presumiblemente, para este momento no han recibido el aval de la comunidad asentada en el territorio en el cual seleccionaron su plaza.

230. En el trámite del Expediente T-6068552 se encuentra una comunicación del 2 de mayo del 2016 del Gobernador de Nariño y la Secretaria de Educación en la cual le manifiestan a la Ministra de Educación de ese momento que existe un problema estructural ante la falta de aval las vacantes rurales seleccionadas en el marco de la Convocatoria No. 238, ya que sólo 11 de 238 habían cumplido con el requisito del aval para ser nombradas en periodo de prueba[242] para ese momento. Sin embargo, ese número se modificó posteriormente por

el nombramiento de algunos aspirantes a etnoeducadores.

Además, le señalaron dos problemas adicionales: (i) la incapacidad en algunos colegios de proveer el servicio de educación por falta de docentes; y (ii) la exigencia del cumplimiento de acuerdos que, en ese contexto, no era posible adelantar, lo cual reviste implicaciones para la seguridad de los nombrados en periodo de prueba. Así, de una parte, explicaron que cuando el docente provisional deja de prestar sus servicios y no es posible nombrar y posesionar a los de la lista de elegibles tampoco es posible nombrar a otros docentes en provisionalidad, lo anterior porque el Decreto 1278 de 2002 no lo permite, luego, en algunos casos los niños y niñas de diferentes comunidades se han quedado sin acceso a la educación por falta de profesores. De otra parte, manifestaron que aquellos educadores que estaban en provisionalidad y fueron retirados con ocasión del concurso de méritos, al quedar cesantes han exigido a la entidad el cumplimiento de los acuerdos realizados con la Mesa de Concertación Interinstitucional de Etnoeducadores de Nariño el 24 de julio de 2015, en la cual se pactó “garantizar el acceso del personal retirado del servicio en las vacantes que se generen a futuro” [243]. Sin embargo, precisaron que al no poder nombrar a los 227 docentes de la lista de elegibles en propiedad (para ese momento), no era posible nombrar otros en provisionalidad. Finalmente, pusieron en su conocimiento el reporte de amenazas a los profesionales nombrados en periodo de prueba[244].

Más adelante, la Secretaría de Educación precisó que para el 21 de marzo del 2017 existían, al menos, 167 aspirantes a etnoeducadores que habían superado todas las etapas del concurso y aun cuando fueron incluidos en la lista de elegibles y escogieron en audiencia pública una plaza, no contaban con el aval de la respectiva comunidad[245].

En este contexto, la última información que tiene es que, al menos, para marzo de 2017, había 167 aspirantes a etnoeducadores sin posibilidad de ser nombrados y posesionados en periodo de prueba, por no contar con el aval. Luego, para la Sala la adopción de estos efectos no sólo se justifica con fundamento en la protección del derecho a la igualdad de personas que hacen parte de un grupo que se encuentra en la misma situación, sino además porque involucra la efectividad del derecho a la educación de niños y niñas pertenecientes a comunidades étnicas.

231. En segundo lugar, existe identidad en los derechos fundamentales violados, pues en

todos los casos se involucran tanto los derechos al debido proceso y de acceso a cargos públicos de los aspirantes a etnoeducadores, como los derechos a la participación y a la consulta previa de las comunidades étnicas.

232. En tercer lugar, el hecho generador es el mismo, en todos los casos se trata del mismo concurso de méritos para la provisión de vacantes de etnoeducadores en Nariño y las consecuencias de la falta de otorgamiento de un requisito legal sin el cual la Secretaría de Educación de la Gobernación de Nariño no puede nombrar y posesionar a los aspirantes en periodo de prueba.

233. En cuarto lugar, en todos los casos se compromete la actuación de la Secretaría de Educación de Nariño, que aun cuando como se ha precisado acá no ha violado ningún derecho y, por el contrario ha tratado de asegurar el derecho a la participación y a la consulta previa de las comunidades mediante el respeto al aval como requisito legal en el proceso de selección, es la entidad encargada del nombramiento y la posesión en periodo de prueba de los etnoeducadores. De otra parte, el Consejo Comunitario accionado sí variará de conformidad con el lugar en el que se haya seleccionado la vacante. No obstante, se trata de los consejos comunitarios, que ejerzan su autoridad en los territorios en que existían plazas en el Departamento de Nariño a ser provistas por la Convocatoria No. 238 de 2012, de quienes también se predica el respeto de sus derechos a la participación y a la consulta previa mediante su participación en la convocatoria a través de la Comisión Pedagógica Nacional que diseñó las bases del concurso y el aval, sin que esto signifique un poder de veto absoluto. Sin embargo, en esta etapa del concurso el aval es el que origina el debate constitucional que los jueces deben resolver.

234. En quinto lugar, existen derechos comunes a reconocer. Por un lado, se trata de reconocer los derechos de los aspirantes a etnoeducadores al debido proceso y a acceder a cargos públicos en el contexto de un concurso de méritos que superaron satisfactoriamente, por lo cual fueron incluidos en la lista de elegibles. Por otro lado, también se trata de respetar el derecho de las comunidades étnicas a la participación y a la consulta previa, que si bien como se explicó hace parte de todas las etapas en la etnoeducación, el punto que se discute en esta providencia es el del aval. Finalmente, existe identidad en la pretensión, pues es claro que tanto los aspirantes a etnoeducadores buscan ser nombrados y posesionados en periodo de prueba en las plazas que seleccionaron y las comunidades

étnicas que se les respete su derecho a la participación y a la consulta previa mediante el otorgamiento del aval, por lo cual también tienen derecho a que se aplique la regla de preferencia bajo los términos esbozados.

235. Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena considera procedente extender los efectos de esta sentencia para que se aplique a todos los miembros de la comunidad o grupo de aspirantes a etnoeducadores que participaron en la Convocatoria No. 238 de 2012, elaborada por la Comisión Nación del Servicio Civil y que tenía por objeto proveer 336 cargos directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el Departamento de Nariño en centros educativos oficiales pertenecientes a territorios colectivos de estas comunidades, y superaron todas sus etapas, fueron incluidos en la lista de elegibles y no han podido ser nombrados en periodo de prueba, pues los consejos comunitarios asentados en donde se encuentra la vacante que seleccionaron no les han otorgado el aval.

Así, en todos esos casos se aplicarán las reglas expuestas en los párrafos 223 y 224 de esta providencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- En relación con el expediente T-6.048.033, REVOCAR la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, el 14 de octubre de 2016, que confirmó la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, Nariño, el 25 de agosto de 2016, por medio de la cual se declaró improcedente el amparo invocado. Respecto del expediente T-6.057.989, REVOCAR la sentencia proferida en única instancia por el Juzgado de

Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco, Nariño, el 20 de septiembre de 2016, que declaró improcedente la acción de tutela. Frente al expediente T-6.068.552, REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el por el Juzgado 5º de Familia del Circuito de Pasto, Nariño, el 1º de noviembre de 2016, en la que se negó la solicitud de amparo. En su lugar, CONCEDER la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos de Jofrey David Castañeda Tenorio, Máxima Angulo Ruiz y Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira, quienes fungen como accionantes en cada uno de los anteriores casos.

Asimismo, en cuanto al expediente T- 6.217.796, CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la decisión de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que mediante Sentencia del 21 de febrero de 2017 confirmó la Sentencia proferida por el a quo, que a su vez amparó los derechos al debido proceso y de acceso a cargos públicos y, adicionalmente, protegió el derecho fundamental de petición de Jhon Erson Rodríguez Orobio.

Tercero.- ORDENAR al “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” que, en el término de cinco días, contados a partir del vencimiento de los términos procesales dispuestos en el tercer numeral resolutivo de esta sentencia, evalúe nuevamente la situación de los docentes Jofrey David Castañeda Tenorio, Máxima Angulo Ruiz y Jhon Erson Rodríguez Orobio, a fin de determinar, con fundamento en los lineamientos establecidos en esta providencia, si es procedente o no otorgarles el aval de reconocimiento cultural. Si la conclusión es negativa, deberá explicar a los mencionados concursantes las razones que sustentan tal postura, con suficiencia y por escrito, salvo que la tradición escrita sea contraria a sus costumbres culturales, caso en el cual la comunidad deberá definir, de la mano de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, un sistema de comunicación distinto, culturalmente idóneo, y que satisfaga la certeza y seguridad jurídica de la información. En exactamente los mismos términos, deberá proceder el Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi” en relación con el caso de la señora Ruby Esnadit Flórez Rivadeneira.

Si el consejo colectivo correspondiente niega el aval, cumpliendo las condiciones de suficiencia establecidas en esta providencia, es decir, explicando por qué los conocimientos del ciudadano no representan los valores y saberes de su cultura, podrá elegir dentro de la lista de elegibles, y respetando el orden alcanzado en las pruebas previas, a los primeros

miembros de su comunidad que participaron en el concurso, para el nombramiento en período de prueba. En caso de que no exista ningún miembro de la comunidad en la lista, deberá proveerse el cargo al primero de la lista que quiera prestar sus servicios en esa plaza, sin importar su identidad étnica o su origen geográfico.

Cuarto.- ORDENAR a la Comisión Pedagógica Nacional que, en el término de cinco días contados a partir de la notificación de esta sentencia diseñe una estrategia de difusión del contenido de esta providencia entre los distintos consejos comunitarios del Departamento de Nariño (fase de sensibilización); y, en el término máximo de los cinco días siguientes, la implemente. El propósito de esta labor es que las comunidades conozcan el alcance de su obligación frente al debido proceso, en lo que tiene que ver con la validez de las razones para negar el aval; las autoridades públicas tengan certeza sobre las consecuencias que comporta su negativa; y los aspirantes no deban asumir una carga desproporcionada.

Quinto.- EXHORTAR al Congreso de la República para que expida un ordenamiento jurídico con fuerza de ley en el cual se regulen las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y en sus territorios.

Sexto.- EXHORTAR al Gobierno Nacional para que presente un proyecto al Congreso de la República en el cual se regulen las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, y en sus territorios, previo cumplimiento de su consulta previa con las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales.

Séptimo.- Esta sentencia tiene efectos inter comunis y, por tal razón, se extiende a todos los aspirantes a etnoeducadores que participaron en la Convocatoria No. 238 de 2012 elaborada por la Comisión Nacional del Servicio Civil que tenía por objeto proveer cargos directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el Departamento de Nariño en centros educativos oficiales pertenecientes a territorios colectivos de estas comunidades, y superaron todas sus etapas, fueron incluidos en la lista de elegibles y no han podido ser nombrados en periodo de prueba, pues los consejos comunitarios asentados en donde se encuentra la vacante que seleccionaron no les ha otorgado el aval de reconocimiento cultural. Para todos esos casos deberán aplicarse las

subreglas jurisprudenciales contenidas en los fundamentos jurídicos 223 y 224 de esta providencia.

Octavo.- Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acuerdo 02 del 22 de julio de 2015.

[2] Folio 8.

[3] Ver Acta Individual de Selección en el folio 69.

[4] Artículo 4 del Decreto 140 de 2006, “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”: “modifícase el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005, el cual quedará así: Artículo 17. Nombramiento en período de prueba en territorios colectivos. Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en período de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario. El cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo. || El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaría de educación de la entidad territorial certificada por parte del aspirante”.

[5] Folio 9.

[6] Ver declaración juramentada rendida por la señora Victoria María Rivera Cajare y el señor José Alejandro Rebolledo Pinillos, el 1 de agosto de 2016 ante la Notaría Única de

Tumaco, Nariño (folio 16).

[7] Ver copia de los Registros Civiles de Nacimiento obrantes en los folios 17, 18 y 21.

[8] Folios 12 y 13.

[9] Folios 14 y 15.

[10] La accionante nació el 17 de abril de 1970, según se desprende de la fotocopia de la cédula de ciudadanía aportada al proceso (folio 23).

[11] Folio 16 y folios 128 al 136.

[12] Folios 138 al 151.

[13] Folios 21 y 146.

[14] Folio 22.

[15] Folio 4.

[16] “Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”.

[17] “Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 1278 de 2002 y se establece el procedimiento de selección mediante concurso para la carrera docente y se determinan criterios para su aplicación”.

[18] “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”.

[19] “Por el cual se adiciona el artículo 11 del Decreto 3323 de 2005”.

[21] Folios 17 y 18.

[22] Folio 18.

[23] José Deinis Obregón Caicedo.

[24] Folio 41.

[25] Expediente T-6068552, Cuaderno de tutela, folio 36.

[26] Cuaderno 1. Folio 1. Acción de tutela.

[27] Cuaderno 1. Folio 1. Ibídem.

[28] Ibídem.

[29] La tutelante interpuso la acción de tutela el 12 de octubre de 2016.

[30] Cuaderno 1. Folio 3.

[31] Expediente T-6217796, Cuaderno 1, folio 113.

[32] Cuaderno 4. Folio 1. Ibídem.

[33] Cuaderno 4. Folio 1. Ibídem.

[34] Ibídem.

[35] En el expediente no consta la fecha de interposición de la acción de tutela pero la fecha de reparto es del 8 de noviembre de 2016.

[36] Cuaderno 3. Folio 4.

[37] Folios 45 y 46.

[38] Folio 71.

[39] Folio 57.

[40] Folios 61 al 65.

[41] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”.

[42] Folios 75 al 78.

[43] “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

[44] Folio 83.

[45] Folios 83 y 84.

[46] Folio 100.

[47] “Por medio del cual se modifica el artículo 29 del Decreto 393 de 2002 y se dictan otras disposiciones”.

[48] Folios 99 al 102.

[49] Folio 104.

[50] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”.

[51] Folios 103 al 106.

[52] Folio 139.

[53] Folios 138 al 142.

[54] Folio 20 del cuaderno de segunda instancia.

[55] Folio 19 del cuaderno de segunda instancia.

[56] Folios 25 al 29, folios 67 al 69 y folios 94 al 98.

[57] Folios 30 al 34.

[58] “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”.

[59] Artículo 4. “Modifícase el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005, el cual quedará así:

Artículo 17. Nombramiento en período de prueba en territorios colectivos. Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en período de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario. El cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo. El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaría de educación de la entidad territorial certificada por parte del aspirante”.

[61] José Deinis Obregón Caicedo.

[62] Folios 40 al 44.

[63] Folio 40.

[64] Folio 41.

[65] Folios 70 al 73.

[66] Folio 72.

[67] Folios 99 al 108.

[68] Folio 105.

[69] En un primer momento, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco, Nariño, mediante providencia del 6 de abril de 2016, concedió el amparo del derecho fundamental de petición y ordenó a ASOCOETNAR: “informarle a la ciudadana actora el trámite que se ha surtido en lo que se refiere a su solicitud y enterarla entonces de la suerte que corre su petición”. Contra la anterior decisión la accionante presentó impugnación advirtiendo que aunque la sentencia de primera instancia resultó favorable a sus intereses “no es lo suficientemente [clara] ni define el perjuicio irremediable

que se [le] está ocasionando por parte de la Secretaría de Educación Departamental”. El 9 de junio de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que avocó conocimiento, por considerar que se omitió la vinculación del Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Mesa Departamental de Etnoeducadores Afro de Nariño. En virtud de lo anterior, se ordenó la remisión del proceso al juzgado de origen a fin de que se subsanará la actuación viciada. Superada la irregularidad, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Tumaco, Nariño, mediante fallo del 5 de julio de 2016, concedió el amparo de los derechos fundamentales ordenando la concesión del aval solicitado por la peticionaria y su consecuente nombramiento como docente. Esta decisión fue impugnada por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño quien solicitó se negaran las pretensiones de la tutela por ser el aval un requisito de cumplimiento legal. El 30 de agosto de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Nariño, declaró nuevamente la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que avocó conocimiento, por considerar que se omitió la vinculación del “Gran Consejo Comunitario Río Satinga” del Municipio de Olaya Herrera, Nariño, del docente que actualmente se encuentra prestando sus servicios en el cargo que aspira la accionante en el Centro Educativo “Víbora Paraíso” y de las personas descritas en la lista de elegibles de la convocatoria No. 238 de 2012. Como consecuencia de ello, se ordenó la remisión del asunto, una vez más, al juzgado de origen (folio 50, folios 53 al 56, folio 63, folio 80, folios 85 al 90 y folios 94 al 98).

[70] Artículo 2.4.1.2.17. “Nombramiento en periodo de prueba en territorios colectivos. Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en período de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, el cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo. El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaría de educación de la entidad territorial certificada por parte del aspirante”.

[71] Cuaderno 1. Folio 35. Contestación de la acción de tutela por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

[72] Cuaderno 1. Folio 37. Ibídem.

[73] Cuaderno 1. Folio 52. Contestación de la acción de tutela de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

[74] Cuaderno 1. Folio 97. Contestación de la acción de tutela de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

[75] Cuaderno 1. Folio 101. Contestación de la acción de tutela del Consejo Comunitario.

[76] Cuaderno 1. Folio 113. Fallo de primera instancia.

[77] Cuaderno 3. Folio 87.

[78] Cuaderno 1. Folio 97 a 101. Mediante escrito del 2 de diciembre de 2016, la Secretaría de Educación Departamental informó que son “(...) 7 personas que se encuentran laborando en calidad de docentes provisionales de la Institución Educativa Merizalde Porvenir del Municipio de Olaya Herrera, a quienes vía correo electrónico se les notificó de la existencia del Auto de Noviembre 23 de 2016 y del escrito de tutela N° 2016-00293-00 Juzgado”.

[79] Cuaderno 3. Folio 27.

[80] Cuaderno 3. Folio 27.

[81] Cuaderno 3. Folio 28.

[82] Cuaderno 3, folio 30.

[83] Cuaderno 3. Folio 32. Ibídem.

[84] Cuaderno 3. Folio 67. Contestación acción de tutela por parte del Consejo Comunitario Río Satinga.

[85] Cuaderno 3. Folio 116. Fallo de primera instancia.

[87] Cuaderno 3. Folio 137. Impugnación.

[88] Cuaderno 4. Folio 7. Fallo de segunda instancia.

[89] ¿Cuáles son las reglas del concurso para proveer “directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera”? ¿Cómo funcionan los concursos de etnoeducadores? ¿Cuáles requisitos deben cumplir los participantes para ser nombrados como etnoeducadores? ¿Existe alguna formalidad para que los miembros de las comunidades afrocolombiana, negra, raizal y palenquera otorguen el aval que refiere el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015? ¿Qué sucede cuando los miembros de la comunidad no otorgan el aval del artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015 dentro de los 5 días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles? ¿Es posible posesionar a la accionante en otro centro educativo diferente a Machare? ¿Qué sucede con los participantes que salieron elegidos en la Convocatoria 238 y no han podido posesionarse como docentes por no contar con el aval de la comunidad?

[90] ¿Cómo fue su participación en la elaboración del concurso etnoeducativo? ¿Cuál es el alcance del aval de las comunidades negras que refiere el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015? ¿Al momento de elaborar el concurso etnoeducativo, existió un representante del Consejo Comunitario “La Gran Minga del Río Inguambi” o de las comunidades negras del Departamento de Nariño que velaran por la protección de los derechos fundamentales de dicha comunidad?

[91] Cuaderno 2. Folio 22. Contestación de la acción de tutela por parte del Ministerio de Educación.

[92] Cuaderno 2. Folio 23. Ibídem.

[93] Cuaderno 2. Folio 24. Ibídem.

[94] Cuaderno 2. Folio 25. Ibídem.

[95] Cuaderno 1. Folio 38. Contestación de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

[96] Cuaderno 2. Folio 55. Contestación de la acción de tutela por parte de la Dirección de Consulta Interna del Ministerio del Interior.

[97] Cuaderno 2. Folio 78. Contestación de la acción de tutela por parte del Consejo Comunitario la “Gran Minga del Río Inguambi”.

[98] Cuaderno 2. Folio 96. Contestación de la acción de tutela por parte de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior.

[99] Cuaderno 2. Folio 136. Contestación de la acción de tutela por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

[100] Cuaderno 2. Folio 138. Ibídem.

[101] Cuaderno 3, folio 87. Las señoras Ana Agustina Cuero Montaña y Luz Hermila Caicedo Solís fueron vinculadas mediante correo electrónico como se ve en el folio 100.

[102] Folio 100 del Expediente T-6048033.

[103] Folios 38 y 39 del Expediente T-6048033.

[104] Folio 104 del Expediente T-6048033.

[105] Artículo 10. “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

[106] Sentencia T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[107] Artículo 86. “(...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

[108] De acuerdo con el artículo 5 de la Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo

transitorio 55 de la Constitución Política”, los consejos comunitarios representan la máxima autoridad de administración interna dentro de un territorio colectivo y les corresponde, entre otras funciones, delimitar y asignar áreas al interior de las tierras adjudicadas, velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales, escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación. El artículo 3 del Decreto 1745 de 1995, “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones” define lo que debe entenderse por consejo comunitario en los siguientes términos: “una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad”. Tal ente comunitario se encuentra integrado por la Asamblea General y la Junta del consejo comunitario. La primera es la máxima autoridad del consejo comunitario y está conformada por las personas registradas en el censo interno quienes son elegidas de acuerdo con su sistema de derecho propio. La segunda es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad que ha conformado un consejo comunitario para ejercer las funciones que le atribuye la Ley 70 de 1993, sus decretos reglamentarios y las demás que le asigne el sistema de derecho propio de la comunidad. Sus integrantes son miembros del consejo comunitario, elegidos y reconocidos por éste (artículos 4 y 7).

[109] “Nombramiento en periodo de prueba en territorios colectivos. Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en período de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, el cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo. El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaría de educación de la entidad territorial certificada por parte del aspirante”.

[110] Sentencia T-548 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[111] Sentencia T-575 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[112] Sentencia T-883 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[114] M.P. Alejandro Linares Cantillo. En dicha oportunidad, la Corte revisó un caso similar al que se estudia en la presente oportunidad. La accionante interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Educación y la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, el acceso al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada, a los derechos docentes adquiridos, al derecho de petición y al debido proceso, toda vez que superó todas etapas del concurso de méritos pero no podía posesionarse como etnoeducadora por no contar con el aval de reconocimiento cultural. En el análisis de subsidiariedad, esta Corporación indicó que la emisión del oficio mediante el cual la Secretaría de Educación Departamental de Nariño negó el nombramiento de la demandante en período de prueba como etnoeducadora, “(...) no constituye un acto administrativo susceptible de ser cuestionado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, comoquiera que a través de tal respuesta no se crea, reconoce, modifica ni extingue la situación jurídica de la demandante. En lugar de ello, se considera que la comunicación proferida por la entidad accionada tiene como fin ejecutar el acto administrativo de designación como etnoeducadora (lista de elegibles), toda vez que le informa que para proceder a hacer efectivo el nombramiento, al que tiene derecho por haber superado satisfactoriamente todas las etapas del concurso de méritos y encontrarse dentro de la lista de elegibles, debe aportar el aval de reconocimiento”. En este sentido, insistió que el oficio mencionado no impide el nombramiento de la accionante como etnoeducadora, ni extingue la posibilidad de ser nombrada en el cargo para el que concursó, ya que su finalidad es materializar la decisión de la administración, según la cual, los etnoeducadores que escojan centros educativos en los que resida una comunidad negra, como lo hizo la accionante, por disposición normativa prevista tanto para la realización del concurso de méritos como para la adjudicación de vacantes acorde con la lista de elegibles, deben contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por esa comunidad.

[115] M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

[116] Consejos Comunitarios: (i) Esfuerzo Pescador; (ii) Cuenca del Río Iscuande; (iii)

Unicosta; (iv) Prodefensa del Río Tapaje; (v) El Progreso Río Nerete; (vi) El Progreso del Campo; y (vii) La Esperanza. Sin embargo, la Corte determinó que de todos éstos solo los consejos comunitarios de Esfuerzo Pescador, Cuenca del Río Iscuande y Unicosta ostentaban legitimidad por activa. Lo anterior, después de verificar que quien ostenta la representación de tales consejos son los representantes legales, luego la interposición mediante apoderado debe cumplir requisitos específicos que solo se cumplieron en los casos mencionados.

[117] Adujeron que “comisión no estaba legitimada para actuar en representación de tales instancias, ni para concertar con el Ministerio de Educación, puesto que se trata de asuntos que competen a entes colectivos legitimados en marco de las denominadas consultas previas”.

[118] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[119] Ver entre otras, las Sentencias: T-569 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-180 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-682 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[120] Sentencia T-556 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[121] M.P. Juan Carlos Henao Pérez. En dicha oportunidad, la Corte analizó diferentes acciones de tutela presentadas por participantes del concurso notarial realizado por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, los cuales no hicieron parte de la lista de elegibles. Para la mayoría de los demandantes, el concurso no debía tomar a consideración el criterio de “autoría de obras en derecho” para ser seleccionados como notarios.

[122] Sentencia T-180 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[123] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[124] Sentencia C-483 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[125] Sentencia C-678 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[126] Sentencia SU-446 de 2011. Humberto Antonio Sierra Porto.

[127] Sentencia C-288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[128] Sentencia C-333 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

[129] Sentencia SU-054 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[130] Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[131] Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería

[132] Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[133] SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio

[134] Entre otras, ver Sentencias T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-787 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-376 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-428 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[135] Sentencia T-944 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[136] Sentencias T-428 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-308 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[137] Al respecto, ver Sentencias SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-376 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, y C-666 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[138] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[139] Sentencia C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[140] El Convenio 169 de la OIT, “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, fue aprobado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 21 del 4 de marzo de 1991.

[141] Ver Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[142] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[143] Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis: “[...] el Convenio 107, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957, si bien reprueba todo tipo de discriminación contra la población indígena, resalta sus valores, destaca su derecho a la subsistencia, e instituye su derecho a la participación y colaboración en la adopción de medidas que puedan afectarlos, en cuanto partió del supuesto de que el único futuro de los pueblos indígenas se encontraba en su integración a las sociedades mayoritarias, [lo que distaba] mucho del anhelo de estos pueblos de que les fuera reconocido y protegido su derecho a conservar su integridad”.

De modo que los pueblos involucrados cuestionaron duramente la política de asimilación prevista en el Convenio 107 y en reunión con expertos, programada por la Organización Internacional del Trabajo para estudiar el punto, pudieron concluir, en 1986, que “el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”. En consecuencia, el Consejo de Administración de la OIT inscribió el tema de la revisión del Convenio 107 para que fuera tratado en las conferencias de 1988 y 1989 de la Organización, dando lugar al Convenio 169 en que se funda en el principio de que las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales ‘es permanente y perdurable’, y que la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de las culturas nativas sea salvaguardado”

[144] La Guía de aplicación del instrumento en cita, sintetiza el enfoque principal del Convenio en los siguientes términos: “El nuevo Convenio promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que éstos seguirán existiendo como parte de sociedades nacionales, manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo, se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado.|| Este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan” [Citado en Sentencia SU-383 de 2003).

[145] SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio

Palacio), T-376 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa)

[146] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[147] Esta síntesis se basa en las Sentencias T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, fallos recientes en los que se reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

[148] Sentencia C-666 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[149] “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”

[150] Por la cual se expide la ley general de educación

[151] Sentencia T-049 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[152] Ibídem.

[153] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[154] Decreto 1278 de 2002.

[155] Los artículos 7, 8, 10, 13, 44, 68 y 70 de la Constitución Política.

[156] Sentencia T-737 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis la cual a su vez reitera las Sentencias T-380 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, SU-039 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell y SU- 383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[158] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[159] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[160] M.P. Humberto Sierra Porto.

[161] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[162] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[163] Para la Sala, los requisitos que permiten garantizar el ejercicio del derecho a la etnoeducación son: (i) el carácter bilingüe de la misma, que debe rescatar, enseñar y preservar la lengua materna de las comunidades indígenas, además de enseñar el castellano; (ii) la necesidad de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos para los grupos y comunidades indígenas; (iii) la obligación del Estado de promover y fomentar la formación de educadores en el conocimiento de las culturas y lenguas de los grupos étnicos; (iv) el currículo, el cual se fundamenta en “la territorialidad, la autonomía, la lengua, la concepción de vida de cada pueblo, su historia e identidad según sus usos y costumbres”; (v) la “administración y gestión institucionales” la cual hace relación a aspectos tales como los diferentes calendarios, espacios, condiciones geográficas, climáticas, el gobierno escolar, manuales de convivencia, materiales educativos, entre otros aspectos y (vi) la participación de la comunidad étnica.

[164] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[165] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[166] En este punto resulta importante, con todo, poner de presente que en la Sentencia T-925 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, por primera vez, la Corte Constitucional conoció una acción de tutela que integraba un problema jurídico similar, aunque no estrictamente igual al aquí estudiado. En esa ocasión la decisión de la Corporación derivó en improcedencia, debido a que la Sala Segunda de Revisión consideró que existían problemas de representación judicial respecto de los consejos comunitarios que, en apariencia, fungían como accionantes. Asimismo, consideró que en la medida en que lo que se cuestionaba eran actuaciones en un concurso de méritos, los demandantes contaban con los medios de control disponibles ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para resolver sus inconformidades. Esta decisión, no obstante, es previa a la sentencia C-666 de 2016, en la que, como se verá, se estableció con claridad la existencia de un vacío normativo que ha afectado a las comunidades étnicamente diferenciadas en el ejercicio de su derecho fundamental a la etnoeducación, y en la que se determinó la dimensión constitucional del asunto, así como la posibilidad de aplicar las normas del Estatuto de Profesionalización Docente, mientras el legislador cumple su obligación de proferir una ley específica y previamente consultada con los colectivos étnicos. También es previa a la sentencia T-292 de 2017, en la que se presentó un problema jurídico análogo y en la que la

Sala Tercera de Revisión estimó, como en esta oportunidad lo hace la Sala Plena, que la acción de tutela sí es el medio idóneo para resolver la controversia planteada.

[167] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[168] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[169] Peter William Cortés Mosquera.

[170] En este punto, precisó que las plazas educativas del Municipio de Tumaco, actualmente ocupadas por etnoeducadores nombrados en provisionalidad, se encontraban próximas a ser provistas por servidores públicos que no conocían su cultura, y cuyo proceso de selección no había sido concertado con la comunidad étnica.

[171] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[172] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[173] Artículos 26 al 31 del Convenio 169 de la OIT.

[174] Este mandato se encuentra expresamente consagrado en el artículo 36 de la Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política” al establecer que la educación para las comunidades negras debe desarrollar conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en condiciones de igualdad en la vida de su propia comunidad y en el medio cultural nacional. Dijo la Corte: “la regulación de una materia tan amplia como la que desarrolla el Decreto 1278 de 2002, que conforme a su artículo 1º es el de ‘las relaciones del Estado con los educadores a su servicio’, debe ser objeto de un régimen especial tratándose de comunidades negras, raizales, afrocolombianas y palenqueras[,] si se tiene en cuenta que las relaciones entre los docentes de las comunidades negras y el Estado están mediadas por un conjunto diferente de derechos y obligaciones, tanto recíprocas, como en relación con los educandos, los padres de familia, y los consejos comunitarios”.

[175] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[176] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[177] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[178] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[179] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[180] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[181] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[182] “Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”.

[183] “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”.

[184] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”.

[185] La presentación debe estar basada en los siguientes criterios: (i) demostrar una visión del contexto que muestre conocimiento general de la comunidad con la que aspira trabajar, (ii) definir el modelo pedagógico con el cual implementará el proyecto etnoeducativo, (iii) establecer los contenidos curriculares en los cuales basará el proyecto etnoeducativo, (iv) presentar los métodos de evaluación del proyecto etnoeducativo y (v) describir el aporte que el proyecto etnoeducativo dará a la institución o centro educativo y a la comunidad en general (artículo 11 del Decreto 3323 de 2005 modificado por el artículo 2 del Decreto 140 de 2006).

[186] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[188] Chocó, Nariño, Valle del Cauca, Cauca, Antioquia y San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

[189] De acuerdo con la Sala, este remedio surge de la interpretación armónica que se

realiza entre el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, que señala la posibilidad de elegir de manera preferente a los etnoeducadores miembros de las mismas comunidades cuya vinculación y formación docente se rija por el estatuto docente, el Decreto 1278 de 2002, el cual regula la relación entre el Estado y los educadores a su servicio a través de la carrera docente, y el artículo 4 del Decreto 140 de 2006, que consagra el requisito del aval de reconocimiento cultural para acceder al nombramiento en periodo de prueba como docente etnoeducador.

[190] Artículo 17 del Decreto 3323 de 2005, modificado por el artículo 4 del Decreto 140 de 2006.

[191] La jurisprudencia ha precisado que se trata de una garantía necesaria para la existencia y conservación de los grupos poblacionales étnicos, como sujetos jurídicos con autonomía e identidad propia en el marco del respeto por su cultura, costumbres, tradiciones, instituciones y conocimientos propios previniendo cualquier tipo de exclusión y discriminación que pueda provenir de la sociedad. Su reconocimiento reviste una especial importancia y esencialidad para la materialización efectiva de una gran cantidad de derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho al trabajo, el mínimo vital, y de contera, el goce efectivo de todos los derechos asociados al ejercicio de una ciudadanía plena. Sobre el particular pueden consultarse las Sentencias C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-379 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-049 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[192] Sentencia C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[193] Sentencia C-293 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla: “La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de promoción o facilitación, y las llamadas acciones de discriminación positiva, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última. Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o

cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas”.

[194] De acuerdo con el artículo 5º de la Ley 70 de 1993, “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, los Consejos Comunitarios representan la máxima autoridad de administración interna dentro de un territorio colectivo y les corresponde, entre otras funciones, delimitar y asignar áreas dentro de las tierras adjudicadas; velar por la conservación y protección de los derechos de la propiedad colectiva, la preservación de la identidad cultural, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales; escoger al representante legal de la respectiva comunidad en cuanto persona jurídica, y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación.

El artículo 3 del Decreto 1745 de 1995, “Por el cual se reglamenta el Capítulo III de la Ley 70 de 1993, se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las “Tierras de las Comunidades Negras” y se dictan otras disposiciones” define lo que debe entenderse por Consejo Comunitario en los siguientes términos: “[u]na comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad”.

Tal ente comunitario se encuentra integrado por la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario. La primera es la máxima autoridad del Consejo Comunitario y está conformada por las personas registradas en el censo interno quienes son elegidas de acuerdo con su sistema de derecho propio. La segunda es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad que ha conformado un Consejo Comunitario para ejercer las funciones que le atribuye la Ley 70 de 1993, sus decretos reglamentarios y las demás que le asigne el sistema de derecho propio de la comunidad. Sus integrantes son miembros del Consejo Comunitario, elegidos y reconocidos por éste (artículos 4 y 7).

[195] Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que existe la obligación constitucional de garantizar en beneficio de los niños, niñas y adolescentes el acceso digno, integral y de calidad al sistema de educación, así como la permanencia en el mismo sin obstáculos, máxime cuando aquellos hacen parte de comunidades étnicas. Lo anterior acorde con el principio del interés superior del menor previsto en distintas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, en el numeral 1 del artículo 3º, de acuerdo con el cual “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Tal mandato fue expresamente señalado en el artículo 44 de la Constitución que establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” y en el artículo 67 de la Carta Política en virtud del cual “el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”.

[196] La sentencia fue notificada a través de edicto fijado el 16 de diciembre de 2016 y desfijado el 11 de enero de 2017.

[197] Cfr. Art. 2.

[198] Vid. Art. 4.

[199] “Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”.

[200] “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones”.

[201] “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”.

[202] Folio 157 del Expediente T- 6057989.

[203] Folios 157 y 158 del Expediente T- 6057989.

[204] Folio 38 del Expediente T-6048033.

[205] Artículo 20, Literal F de la Resolución 20162000006875 del 4 de marzo de 2016: “Al elegible que no se presente a la audiencia se le asignará una de las vacantes en una de las instituciones educativas oficiales que registre la necesidad del servicio, una vez los demás miembros de la lista hayan realizado su escogencia. En este caso se acudirá al orden de ubicación en la lista y al orden alfabético de las instituciones educativas disponibles”.

[206] Folios 38 al 41 del Expediente T-6048033.

[207] Expediente T-6068552, folio 42.

[208] Expediente T-6068552, Cuaderno de revisión, folio 157.

[209] Expediente T-6068552, Cuaderno de revisión, folio 158.

[210] Expediente T-6068552, Cuaderno de revisión, folio 158.

[211] Expediente T-6068552, Cuaderno de revisión, folio 159.

[212] Expediente T-6068552, Cuaderno de revisión, folio 159

[213] Folio 104 del Expediente T-6048033.

[214] Para la Sala, los requisitos que permiten garantizar el ejercicio del derecho a la etnoeducación son: (i) el carácter bilingüe de la misma, que debe rescatar, enseñar y preservar la lengua materna de las comunidades indígenas, además de enseñar el castellano; (ii) la necesidad de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos para los grupos y comunidades indígenas; (iii) la obligación del Estado de promover y fomentar la formación de educadores en el conocimiento de las culturas y lenguas de los grupos étnicos; (iv) el currículo, el cual se fundamenta en “la territorialidad, la autonomía, la lengua, la concepción de vida de cada pueblo, su historia e identidad según sus usos y costumbres”; (v) la “administración y gestión institucionales” la cual hace

relación a aspectos tales como los diferentes calendarios, espacios, condiciones geográficas, climáticas, el gobierno escolar, manuales de convivencia, materiales educativos, entre otros aspectos y (vi) la participación de la comunidad étnica.

[215] En la sentencia se dijo: “54. De otro lado, esta Sala de Revisión observa que el Consejo Comunitario Río Sanquianga, de acuerdo con las disposiciones normativas analizadas previamente, tiene la facultad de negar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, sin que ello signifique que desconozca su mérito. No obstante, tal negativa no puede fundarse en consideraciones caprichosas, sino que debe obedecer a razones objetivas que permitan establecer una incompatibilidad entre los conocimientos de la docente y el trabajo docente a impartir en los miembros de la comunidad. La exposición de dichas razones constituyen una condición de protección del derecho de petición y del debido proceso, dada la importancia que tiene dicha respuesta en tanto de ella depende la posibilidad efectiva de acceder a un cargo público”.

[216] (Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-576 de 2014 y C-909 de 2003, especialmente, la aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle Correa, que profundiza en la influencia de la población negra, descendiente de las personas esclavizadas, en la historia colombiana)

[217] Ver, entre otras, T-097 de 2017. MP María Victoria Calle Correa.

[218] Expediente T-6068552, Cuaderno 1, folio 1.

[219] Expediente T-6068552, Cuaderno 1, folio 1.

[220] Expediente T-6068552, Cuaderno 1, folio 1.

[221] Expediente T-6068552, Cuaderno 1, folio 11-13, en el acta se encuentra la participación de representantes de los consejos comunitarios “La Gran Minga, La Gran Unión Río Telpi, El Bien del Futuro Renacer Telembí, Alejandro Rincón, Nueva Alianza, Brisas del Alto Telembí, Acanure y La Nueva Esperanza”.

[222] Expediente T-6068552, Cuaderno 1, folio 11-13.

[223] Expediente T-6068552, Cuaderno 1, folio 101.

[225] Expediente T-6068552, Cuaderno de tutela, folio 80

[226] Expediente, T-6217796, Cuaderno 1, folio 1.

[227] Expediente, T-6217796, Cuaderno 1, folio 8.

[228] Expediente, T-6217796, Cuaderno 1, folio 64.

[229] Expediente, T-6217796, Cuaderno 1, folio 67.

[230] Expediente, T-6217796, Cuaderno 1, folio 67.

[231] El mismo accionante confirmó esta información tras señalar que “en la actualidad no me encuentro ejerciendo el cargo de docente etnoeducador para la plaza seleccionada mediante concurso de méritos; es preciso aclarar que en una primera oportunidad escogí el Centro Educativo Bellavista (Consejo Comunitario Río Sanquianga), y en una segunda oportunidad seleccioné el Centro Educativo Merizalde Porvenir (Consejo Comunitario Río Santinga), y en las dos instituciones me impidieron el nombramiento al cual tengo pleno derecho. Para la presente fecha me encuentro ejerciendo actividades administrativas en el sector educativo del Municipio de Tumaco, sin que tenga una vinculación legal y reglamentaria, ni un contrato de prestación de servicios vigente” (Folio 104 del Expediente T-6048033).

[232] Folios 30 y 40 del Expediente T-6048033.

[233] Artículo 2.4.1.2.17. Nombramiento en periodo de prueba en territorios colectivos. Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en período de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, el cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo.

[234] “Estatuto de profesionalización Docente”.

[235] Tal como se precisó en el acápite titulado “La necesidad de una regulación integral

del concurso de méritos para el acceso a las plazas docentes profesorales en comunidades y pueblos étnicamente diferenciados. Reiteración de jurisprudencia”.

[236] Incluido el aval, regulado en el artículo 4 del Decreto 140 de 2006 (que modifica el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005), en los casos en que fue necesario para el nombramiento en periodo de prueba.

[237] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[238] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[239] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[240] Sentencia T-203 de 2002 M.P. Manuel José cepeda Espinosa.

[241] Sentencia T-203 de 2002 M.P. Manuel José cepeda Espinosa “4.3.1. En cuanto a la verificación de los elementos comunes determinantes en las tutelas acumuladas en el presente proceso, encuentra la Corte que todos se encuentran bajo condiciones objetivas similares:

- 1) Se trata de personas de la tercera edad. En este grupo los pensionados tienen más de 60 años;
- 2) El derecho fundamental vulnerado es el mismo: el derecho al mínimo vital;
- 3) El hecho generador de la vulneración es el mismo: el retraso en el pago de las mesadas, independientemente de que el monto dejado de pagar varíe en cada caso.
- 4) El deudor es la misma persona: la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., empresa que se encontraba en proceso de liquidación obligatoria.
- 5) Todos los pensionados tienen un derecho de participación proporcional respecto de los bienes de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y se encuentran en pie de igualdad.
- 6) Lo pedido es lo mismo: el pago de las mesadas pensionales adeudadas”.

[242] Expediente T-6068552, Cuaderno 1 folio 8.

[243] Expediente T-6068552, Cuaderno 1 folio 9.

[245] Expediente 6068552, Cuaderno de revisión, folio 159.