

Sentencia T-292/17

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

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS PROXIMAS A PENSIONARSE-Garantía

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

La Corte Constitucional también ha sostenido que cuando se discuten actos administrativos en el marco de un concurso de méritos de docentes etnoeducadores, procede excepcionalmente la acción de tutela (i) como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo y (ii) como mecanismo transitorio, para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable ante una posible pérdida de autonomía o identidad cultural del grupo étnico.

ACTOS ADMINISTRATIVOS DEFINITIVOS, PREPARATORIOS, DE TRAMITE Y DE EJECUCION-Jurisprudencia del Consejo de Estado

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS PREPARATORIOS, DE TRAMITE Y DE EJECUCION-Procedencia excepcional por afectación de derechos fundamentales

Los actos preparatorios, de trámite y de ejecución, no son en principio demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, de generar una eventual vulneración de derechos fundamentales, su análisis procedería a través de la acción de tutela.

ETNOEDUCACION-Fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales

COMUNIDADES NEGRAS, RAIZALES Y PALENQUERAS-Participación en la selección de etnoeducadores

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Disposiciones especiales sobre educación/CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL

TRABAJO-Autonomía de pueblos indígenas y tribales en materia educativa

SELECCION DE ETNOEDUCADORES-Marco normativo

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Etapas

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

El 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 del concurso de méritos - nombramiento en periodo 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.

CONSEJOS COMUNITARIOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Naturaleza jurídica

Respecto de la naturaleza jurídica de los consejos comunitarios de las comunidades negras, 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” señala que es la figura a través de la cual las comunidades negras se convierten en personas jurídicas, por tanto, ejercen máxima autoridad de administración interna dentro del territorio de la comunidad y se encuentra conformado por dos órganos: (i) la asamblea general, - autoridad del consejo comunitario, encargada de elegir al representante legal de la persona jurídica-, y (ii) la junta del consejo comunitario.

CONSEJOS COMUNITARIOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado ha sostenido que los consejos comunitarios de las comunidades negras tienen la función, entre otras, de preservar la identidad cultural de la comunidad. Los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras son personas jurídicas cuya creación está

autorizada por el artículo 5º de la ley 70 de 1993, que tienen entre sus funciones las de administrar internamente las tierras de propiedad colectiva que se les adjudique, 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 y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación. La Junta del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras, representa a la comunidad, lleva sus archivos y tiene funciones relativas a la organización socio-económica de la misma, (...).

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-Concepto y alcance

La Sala puede colegir que el aval de reconocimiento cultural corresponde a un documento emitido por la máxima autoridad de administración interna de la comunidad negra, el consejo comunitario, por medio del cual certifica que el docente elegido por mérito, con su trabajo preservará la identidad cultural de esa comunidad. En consecuencia, 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.

CONSEJOS COMUNITARIOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Facultad para no otorgar aval de reconocimiento cultural, sin embargo esa prerrogativa no es absoluta

Los consejos comunitarios de las comunidades negras están facultados para no otorgar el aval de reconocimiento cultural. No obstante, esa prerrogativa no es absoluta, comoquiera que su no reconocimiento debe obedecer a causales objetivas, es decir, que el elegido en el concurso de méritos no pueda preservar la identidad cultural de la comunidad afrocolombiana en la que va a ejercer como etnoeducador, pues desconoce su idioma, historia, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de esa comunidad y esos conocimientos los requiera para impartir las clases a los menores de edad de la comunidad.

AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL-No otorgamiento por parte de los consejos comunitarios de las comunidades negras debe realizarse por escrito

MERITO-Criterio rector de acceso a la función pública

CONSEJOS COMUNITARIOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Deber de garantizar la satisfacción del derecho a la educación de los menores de edad

Los consejos comunitarios de las comunidades negras no pueden desconocer el derecho a la educación de los niños y niñas que pertenecen a sus comunidades y negar el acceso a ese servicio, fundando su decisión en el desconocimiento de su identidad cultural para no otorgar el aval de reconocimiento cultural a un etnoeducador, pues ello sería actuar en contravía del principio del interés superior del menor. Por consiguiente, tales consejos comunitarios están llamados a garantizar la satisfacción del derecho a la educación de los menores de edad, bien sea (i) otorgando el aval de reconocimiento cultural al etnoeducador de la lista de elegibles, cuando no existan causales objetivas que impidan la expedición del aval, u (ii) otorgando el aval de reconocimiento cultural conforme con la lista de elegibles, a los tres primeros miembros de la propia comunidad que aparezca dentro de tal lista -según lo que ha quedado indicado más arriba-, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural al elegido - cláusula de preferencia -.

CONCURSO DE MERITOS DE ETNOEDUCADORES-Caso en que se negó posesión a accionante por no tener el aval de reconocimiento cultural de Consejo Comunitario

Referencia: Expediente T- 5.945.575

Acción de tutela interpuesta por Rosa Elvia Batioja Ferrín contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., ocho (8) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos el 21 de septiembre de 2016 y el 2 de noviembre de 2016, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés de Tumaco y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, respectivamente, dentro del proceso de tutela promovido por la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y el municipio de Tumaco.

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 23 de junio de 2016, la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y el municipio de Tumaco, 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, dado que a la fecha de presentación de la acción de la referencia no ha podido posesionarse en el cargo de docente, para el que concursó y superó todas las pruebas.

Frente a lo anterior, la accionante solicitó al juez de tutela que ordene (i) a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño hacer el correspondiente nombramiento y la posesión como etnoeducador docente de básica primaria y (ii) a la Alcaldesa del municipio de Tumaco que deje sin efectos la Resolución No. 1377 del 12 de mayo de 2016, mediante la cual fue desvinculada de su lugar de trabajo, y en su lugar, la reintegre a su cargo hasta que cumpla los requisitos para adquirir el estatus de pensionada¹.

B. HECHOS RELEVANTES

En síntesis la demandante expuso los siguientes hechos:

2. La señora Rosa Elvia Batioja Ferrín prestó sus servicios como docente al municipio de Tumaco, en la IE Peña Colorada – Sede 1 Peña Colorada Primaria, a través de varios contratos de prestación de servicios, desde el 14 de abril de 1997² hasta el 12 de mayo de 2016, fecha esta última en la que fue terminado su vínculo contractual, toda vez que el cargo que ostentaba debía ser ocupado por una persona nombrada en carrera, de acuerdo con el concurso de méritos realizado para el efecto³. No obstante, afirma que gozaba de estabilidad

laboral, debido a su condición de prepensionada.

3. En el año 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC– realizó la convocatoria No. 238 para ocupar las vacantes de los empleos públicos de carrera docentes y directivos docentes, para población afrodescendiente, negra, raizal y palenquera⁴. La accionante se presentó a ese concurso, fue admitida para realizar la prueba de conocimiento y superó la etapa de entrevistas. Sin embargo, la señora Batioja Ferrín asegura que por un error cometido por la persona encargada de hacerle la inscripción a las convocatorias, fue anotada para presentar las pruebas de la planta de personal de la entidad territorial certificada en educación departamento de Nariño y no para la entidad territorial certificada municipio de Tumaco⁵.

4. El 23 de julio de 2015, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC– expidió la Resolución No. 3425 contentiva de la lista de elegibles para proveer trescientas treinta y seis vacantes de etnoeducadores, docentes de básica primaria, de las instituciones educativas oficiales que atienden población afrocolombiana negra, raizal y palenquera, en la entidad territorial certificada en educación departamento de Nariño, dentro del marco de la convocatoria No. 238 de 2012, listado en el que se ubicó la demandante en la casilla 1106.

5. El 3 de diciembre de 2015, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño citó a audiencia pública a las personas que conformaban la lista de elegibles, producto de la convocatoria 238 de 2012, para que procedieran a seleccionar los establecimientos educativos donde querían prestar sus servicios de docentes. Sin embargo, dicha entidad manifestó que para tomar posesión de los cargos en los establecimientos educativos ubicados dentro del territorio de una comunidad negra, era necesario aportar el aval de reconocimiento cultural expedido por el consejo comunitario de la comunidad residente en ese territorio⁷.

6. El 13 de diciembre de 2015, la señora Batioja Ferrín afirmó que se comunicó con el representante legal del Consejo Comunitario Río Sanquianga del municipio Olaya Herrera – Nariño, entidad territorial elegida por la demandante para prestar sus servicios de docente, a fin de obtener el aval de reconocimiento cultural y así desempeñarse como docente en el Centro Educativo “La Loma”. No obstante, dijo que no pudo acceder al mismo, dado que no es oriunda de ese territorio⁸.

7. El 17 de diciembre de 2015, la demandante asegura que suscribió una petición dirigida al Secretario de Educación del Departamento de Nariño, en la que solicitó la solución definitiva de su nombramiento como docente, en el marco de la convocatoria No. 238 de 2012, la cual fue respondida el 1 de febrero de 2016, a través del oficio No. 2016RE1755 con la siguiente información⁹:

“(…) queda claro, que la Administración Departamental – Secretaría de Educación –, no está actuando de manera arbitraria, al negarse a hacer efectivo el nombramiento en periodo de prueba, en el establecimiento educativo que usted de manera libre y voluntaria eligió. Al respecto, es pertinente aclarar, que el otorgamiento del aval no es de competencia de ésta Secretaría, es un trámite que debe adelantarse ante el respectivo Consejo Comunitario donde se encuentra ubicado el establecimiento educativo que usted eligió (...). 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 de nombramiento 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 éste 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”.

8. El 9 de noviembre de 2016, el representante legal del Consejo Comunitario Río Sanquianga contestó la petición verbal de la accionante, en el sentido de informarle que el aval no le fue otorgado debido a que: (i) no cumple con las culturas y tradiciones del territorio; y (ii) les fue vulnerado el derecho a la consulta previa, comoquiera que los consejos comunitarios de Nariño así como las instancias representativas de etnoeducación no fueron tenidas en cuenta para participar en el proceso de convocatoria, que concluyó con la realización del concurso de méritos de etnoeducadores¹⁰.

9. Cabe destacar, que la señora asegura ser prepensionada y madre cabeza de familia, dado que de ella dependen económicamente su hija y su madre, de 96 años de edad. Asimismo, arguye que el requisito del aval de reconocimiento cultural no se encontraba visible en la convocatoria de etnoeducador para la que se inscribió en la Comisión Nacional del Servicio

Civil – CNSC.

C. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y DE LOS TERCEROS VINCULADOS

Alcaldía Municipal de Tumaco – Secretaría de Educación

10. El 30 de junio de 2016, la Secretaría de Educación de la Alcaldía Municipal de Tumaco precisó que para el municipio de Tumaco se efectuó la convocatoria de etnoeducadores afrocolombianos No. 247 de 2012, realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil. De ahí que, en el cargo de docente que ocupaba la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, “en situación de provisionalidad”, fue nombrado un docente de la lista de elegibles del concurso de méritos. En consecuencia, la administración municipal manifestó que la Secretaría de Educación no puede ir en contra de la ley y las normas constitucionales en materia de concurso docente de méritos, pues debe primar el derecho de los nombrados y posesionados elegibles del concurso.

Asimismo, afirmó que la estabilidad laboral que pretende la actora por su condición de madre cabeza de familia, está prevista por la Ley 790 de 2002 para los eventos en los que la entidad se encuentre en un proceso de reestructuración administrativa, situación que no es la que se presenta en el caso bajo estudio.

Finalmente, aseguró que la demandante cuenta con otros medios idóneos para controvertir la legalidad del “acto administrativo” como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, razón por la cual se debe declarar la improcedencia de la presente tutela¹¹.

Departamento de Nariño – Secretaría de Educación Departamental

11. El 7 de julio de 2016, la Secretaría de Educación del departamento de Nariño solicitó la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, dado que en su sentir, no existen fundamentos fácticos y jurídicos que permitan despachar favorablemente las pretensiones de la accionante.

Al respecto, resaltó que el Decreto 1075 de 2015 compiló las reglas del sector educativo y reguló lo atinente al requisito del aval de reconocimiento cultural en el caso de los etnoeducadores, erigiéndolo en una exigencia necesaria para que la entidad territorial pueda

realizar el nombramiento en período de prueba. En ese sentido, manifestó que es de la competencia de los consejos comunitarios tomar la decisión de otorgar o no el respectivo aval a los docentes que se encuentran en la lista de elegibles, realizando para el efecto una valoración de carácter objetivo, teniendo como criterios orientadores los señalados en el artículo 2.4.1.2.9 del citado decreto, es decir, que debe ser motivada y fundamentada en razones previamente establecidas, cuya finalidad persiga mejorar la pertinencia y calidad de la prestación del servicio educativo, pero sobre todo preservar la historia, usos y costumbres de las tradiciones de la población afrocolombiana.

Sin perjuicio de lo anterior, informó que los consejos comunitarios se están negando a entregar el aval de reconocimiento cultural basados en el argumento de que no fueron consultados para realizar el concurso de méritos, pese a que el Ministerio de Educación Nacional afirmó que se reunió con los representantes de las comunidades afrocolombianas, negras, raizales y palenqueras, miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras - CPN- y llegaron a acuerdos básicos sobre la forma como se desarrollaría el concurso de etnoeducadores.

Igualmente, destacó que la expectativa legítima de la accionante de ser nombrada en el cargo para el cual concursó, a través de la convocatoria No. 238 de 2012, se mantiene vigente¹².

Consejo Comunitario Río Sanquianga

12. El 9 de septiembre de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco envió comunicación por correo electrónico al Consejo Comunitario Río Sanquianga ubicado en el municipio Olaya Herrera, sobre la acción de la referencia. Sin embargo, tal organización no se pronunció dentro del término previsto para la contestación de la demanda¹³.

Ministerio de Educación

13. El 9 de septiembre de 2016, le fue enviado el auto admisorio de la demanda de la referencia al Ministerio de Educación, a fin de que se notificara de la misma como tercero con interés en el resultado del proceso. No obstante, tal entidad decidió guardar silencio.

Lista de elegibles concurso de méritos para etnoeducadores del Departamento de Nariño

14. El 12 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó una publicación, por medio de la cual notificó a los concursantes que ocupan la lista de elegibles de la Convocatoria No. 238-2012 de la tutela instaurada por la señora Batioja Ferrín, con el propósito de que se vincularan a la actuación para que se manifestaran sobre lo pedido. Sin embargo, ninguno de los aspirantes decidió intervenir en el trámite de tutela¹⁴.

Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

15. El 14 de septiembre de 2016, el asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC precisó que tal entidad tiene como funciones, entre otras, 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, que para el caso del Sistema Especial de Carrera Docente para prestar servicios a la población afrocolombiana es el decreto 1278 de 2002.

Conforme con ello, fueron expedidos los acuerdos para las convocatorias de docentes y directivos docentes etnoeducadores, los cuales en la parte considerativa señalan como normas especiales de carácter reglamentario el artículo 1 del Decreto 3986 de 2000 y los Decretos 3323 de 2005, 140 de 2006 y 3446 de 2007, atinentes al procedimiento de inscripción al concurso de méritos y los requisitos para posesionarse en el cargo, luego de superar el mismo. Por tanto, resaltó que las reglas de la convocatoria fueron expuestas mediante los acuerdos con los cuales se convocó al concurso y los aspirantes no solo pudieron conocerlas, sino que además las aceptaron al momento de inscribirse.

Así las cosas, estimó que la situación laboral de la accionante es responsabilidad directa del ente territorial y no resulta de competencia de la CNSC la coadministración de la planta docente. En consecuencia, destacó que la no expedición del aval de reconocimiento cultural, por parte de los consejos comunitarios, no constituye una causal para excluir a los docentes que por mérito integran la respectiva lista de elegibles, quienes conservan la expectativa para ser nombrados en otros cargos que no exijan tal requisito.

Asimismo, indicó que en ningún caso la señora Batioja Ferrín pierde el derecho a ser nombrada y posesionada en otro empleo docente dentro de la misma entidad territorial certificada en educación, para el nivel, área de conocimiento o cargo correspondiente a la lista de elegibles a la cual pertenece, siempre que exista una vacante definitiva para proveer.

Razón por la cual, autorizó a la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño para iniciar los trámites pertinentes para la provisión en período de prueba de los cargos docentes y directivos docentes vacantes¹⁵.

Finalmente, manifestó que tal como se expresa en los acuerdos que convocaron al concurso abierto de méritos para los empleos vacantes de etnoeducadores, se concertó y consultó de manera permanente durante más de dos años con la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras, único órgano colegiado asesor del Gobierno Nacional para la formulación y ejecución de la política de etnoeducadores, instancia idónea y reconocida por la ley como entidad de representatividad de las comunidades negras y afrocolombianas, para efectos de la consulta previa cuando existan decisiones administrativas que afecten a los grupos étnicos dentro de una política pública¹⁶.

Integrantes de la lista de elegibles para etnoeducadores de la IE Peña Colorada – Sede 1 Peña Colorada Primaria, del municipio de Tumaco

16. El 20 de septiembre de 2016, el Secretario de Educación Municipal de Tumaco, en su calidad de nominador de la persona nombrada en el cargo que ocupaba la accionante como docente de aula código 9001 grado 2E, signado a la IE Peña Colorada – Sede 1 Peña Colorada Primaria, del municipio de Tumaco, sostuvo que como el concurso de méritos de docentes realizado en Tumaco ofertó plazas globales era necesario a notificar a las docentes nombrados en período de prueba para básica primaria, las señoras Amalia Geni Cortes Mairongo, Magnolia Castillo Angulo, Leidy Mairongo, Cruz Cecilia Camacho Castillo y María del Carmen Benavides Zúñiga. Pese a lo anterior, ninguna se pronunció de los hechos de la demanda¹⁷.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Decisión de primera instancia: sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés de Tumaco¹⁸

17. El 21 de septiembre de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés de Tumaco tuteló el derecho al trabajo y a la igualdad de la señora Batioja Ferrín frente a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, razón por la cual, le ordenó a esta última que efectuara el nombramiento de la docente para ocupar, en período de prueba, el cargo

que la misma había escogido, mediante audiencia pública. Sin embargo, no tuteló el derecho a la estabilidad laboral reforzada, en lo atinente a la desvinculación de la Secretaría de educación Municipal de Tumaco.

Respecto de la pretensión de estabilidad laboral reforzada, el juez de primera instancia consideró que debido a que la vinculación que ostentó la accionante con el municipio fue a través de contratos de prestación de servicios, prima facie, no existe una acumulación en el tiempo para efectos pensionales. De ahí que, indicara que no es competencia del juez constitucional el reconocimiento de un vínculo de carácter laboral, sin embargo, recordó que la señora Baioja Ferrín podía acudir a la vía judicial ordinaria si lo estimaba pertinente.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que el acto administrativo de retiro expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco incurrió en falsa motivación, pues aun cuando la accionante gozaba de una estabilidad laboral intermedia, (i) no hizo referencia a la nueva designación en reemplazo de la accionante, así como (ii) tampoco precisó si la desvinculación de la señora Batioja Ferrín atendía a la reprobación del concurso municipal para docentes.

De otra parte, en cuanto al aval de reconocimiento cultural, el juez de tutela de primer grado destacó que el Ministerio de Educación ha sostenido desde el año 2010 -mediante el concepto No. 02-029149 dirigido a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y de las respuestas otorgadas en los años 2015 y 2016 a los etnoeducadores elegidos en la convocatoria No. 238 de 2012, que como la demandante, no se han posesionado por carecer del citado aval- que “la entidad territorial deberá proceder, en estricto orden de mérito, al nombramiento en periodo de prueba de los elegibles que no recibieron el aval de los Consejos Comunitarios, en los establecimientos educativos estatales que correspondan a población estudiantil afrodescendientes pero que no estén ubicados en territorios colectivos”.

Conforme con lo anterior, consideró que había desaparecido la exigencia del aval de los consejos comunitarios para hacer efectiva la posesión de la accionante, pues continuar con esa exigencia equivale a vulnerar el artículo 84 Superior. Por tanto ordenó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño que efectuara el nombramiento de la señora Batioja Ferrín para ocupar en periodo de prueba el cargo que fue escogido por ella en audiencia pública de selección¹⁹.

Impugnación

18. El 27 de septiembre de 2016, la apoderada del Departamento de Nariño – Secretaría de Educación Departamental- impugnó la sentencia de tutela de primera instancia.

Manifestó que la entidad siguió todos los lineamientos que regulan el concurso de méritos y que llevaron a la accionante a formar parte de una lista de elegibles en virtud de los Decretos 3323 de 2005, 140 de 2006, 3982 de 2006 y 3446 de 2007, mediante los cuales se establece el proceso de selección para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente y además, se consagra lo atinente al aval de reconocimiento cultural (artículo 4 del Decreto 140 de 2006). En consecuencia, el docente etnoeducador que seleccione como vacante un establecimiento ubicado en territorio colectivo, se encuentra obligado legalmente a acreditar el aval de reconocimiento cultural, emitido por el consejo comunitario competente, pues de ninguna manera es posible ordenar el nombramiento sin cumplir las exigencias del orden jurídico vigente.

Resaltó que el sentido del fallo no puede llevar a favorecer a una persona que no acredita los requisitos legales, en perjuicio de otros elegibles que sí les fue otorgado el aval de reconocimiento cultural. En razón a ello, aclaró que la razón de ser del concurso docente para la población afrodescendiente no es la de “dar trabajo a los elegibles”, sino la prestación de un servicio público educativo con calidad, que busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la comunidad afrocolombiana, pero que adicionalmente se garantice en todos los territorios habitados por población afrodescendiente.

En este orden de ideas, manifestó que, contrario a lo señalado por la primera instancia, la controversia radica en la concertación de los consejos comunitarios para que no obstruyan la provisión de cargos a los docentes que participan en un concurso de méritos. Dichas organizaciones son las únicas competentes para expedir el aval de reconocimiento cultural, al ejercer la máxima autoridad administrativa interna dentro de las tierras de las comunidades negras, por lo que deben dar a conocer a los interesados los criterios de valoración para otorgar los avales y en caso de ser necesario, permitir la participación de los aspirantes, esto es, en los términos del artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015, motivar con base en criterios objetivos previamente establecidos la decisión afirmativa o negativa de otorgar el aval, a fin de evitar una arbitrariedad.

Así las cosas, estimó que la acción de tutela no puede constituir un medio que le permita al juez apartarse del cumplimiento de la ley. Por tanto, el nombramiento de la accionante constituye una extralimitación de funciones por parte del juez, al ordenar a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño que proceda al mismo, pese a que conoce que la señora Batioja Ferrín no cumple con los requisitos legales²⁰

Decisión de segunda instancia: sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

19. El 2 de noviembre de 2016, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto revocó la providencia impugnada y en su lugar declaró improcedente la acción de tutela incoada por la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín. Sin embargo, tuteló el derecho fundamental de petición de la demandante y en consecuencia, ordenó al Consejo Comunitario Río Sanquianga que diera contestación clara, de fondo y suficiente a su derecho de petición elevado el 13 de diciembre de 2015.

Mencionó que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo No. 282 de 2012, por medio del cual se realizó la convocatoria No. 238 de ese mismo año, para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores, directivos y docentes que presten su servicio a la población afrocolombiana negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales del departamento de Nariño, advirtiendo como normas que regulan tal convocatoria las contempladas en el artículo 1 de Decreto 3982 de 2006, el Decreto 3446 de 2007, el Decreto No. 3323 de 2005 y el Decreto No. 140 de 2006, cuyo artículo 4 modificatorio del artículo 17 del Decreto 3323 de 2005, exige para ser nombrado en período de prueba en cargos vacantes de territorios colectivos, el aval de reconocimiento cultural expedido por el consejo comunitario pertinente.

Conforme con lo anterior, indicó que las manifestaciones de la accionante, respecto del desconocimiento del aludido requisito, carecen de validez toda vez que las normas que regularon la convocatoria fueron puestas en conocimiento de los participantes. Por tanto, si lo que se pretende es controvertir una exigencia del concurso de méritos, dicha disputa debe ser desatada ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa, comoquiera que se trata de actos administrativos que gozan de eficacia jurídica.

De otro lado, precisó que conforme con el precedente jurisprudencial de la Corte

Constitucional es improcedente la vía constitucional para dirimir conflictos que se presentan a lo largo de un concurso de méritos, salvo que se acredite la ocurrencia de un perjuicio irremediable. No obstante, advirtió que tal circunstancia no fue probada por la actora dentro del trámite de amparo, pues no se evidenció un riesgo próximo a suceder, grave e impostergable que pueda evitarse a través de la acción de la referencia. Igualmente, no se demostró la ineficacia de los medios de defensa judicial ordinarios, razón por la cual, consideró que en el asunto no se había acreditado el requisito de subsidiariedad.

Adicionalmente, el juez de segunda instancia destacó que en otras oportunidades esa Corporación – Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño – ha sostenido que el no otorgamiento del aval de reconocimiento cultural no implica la pérdida del derecho a que por mérito sea designada la accionante en un cargo de carrera docente. De ahí que sea pertinente la actualización de la lista de elegibles para que en una nueva audiencia pública se brinde la oportunidad de escogencia de nuevas plazas y así evitar inconvenientes como el de la señora Batioja Ferrín.

Finalmente, afirmó que la solicitud verbal realizada por la actora al representante legal del Consejo Comunitario Río Sanquianga, el 13 de diciembre de 2015, para efectos de que le fuera expedido del aval de reconocimiento cultural, a la fecha no ha tenido una respuesta conforme con lo dispuesto por la ley de petición, Ley 1755 de 2015, circunstancia que vulnera el derecho fundamental de petición de la señora Batioja Ferrín, pues no conoce las razones objetivas por las que le fue negado el aval, y así intentar subsanarlas o al menos desvirtuarlas y de ser el caso, acudir a la jurisdicción competente para atacar la decisión proferida por esa autoridad²¹.

E. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

20. El 9 de noviembre de 2016, el representante legal del Consejo Comunitario Río Sanquianga, en cumplimiento de lo ordenado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Nariño, dio respuesta a la petición formulada por la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín.

De manera preliminar, arguyó que los consejos comunitarios son autónomos en decidir los parámetros sobre los cuales procede la entrega del aval, según lo previsto en el Decreto 140 de 2006. Asimismo, destacó que a la fecha no ha efectuado el nombramiento y posesión de

cargo a la actora dado que (i) no cumple con las culturas y tradiciones del territorio y (ii) se violó el derecho de consulta previa de los consejos comunitarios de Nariño y las instancias representativas de etnoeducación, toda vez que no fueron tomadas en cuenta para participar del proceso de convocatoria de etnoeducadores, del que hace parte la señora Batioja Ferrín.

En este orden de ideas, aseguró que no está vulnerando ningún derecho fundamental de la accionante, pues no se puede obligar a los consejos comunitarios a otorgar el aval a un docente que no hace parte de su consejo comunitario ni de los procesos internos de formación étnica que se desprenden de la autonomía de dicha organización²².

F. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

21. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador con fundamento en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 “Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”, consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello ordenó:

“PRIMERO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, a la dirección de correo electrónico: j1pctumaco@hotmail.com para que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, alleguen e informen al despacho:

- i. Copia de la cédula de ciudadanía.
- ii. Copia de su historia laboral, en la que se especifique las semanas cotizadas al fondo de pensiones al que pertenece.
- iii. ¿Quiénes integran actualmente su núcleo familiar, cuál es la fuente de sus recursos económicos y de qué manera sufragan los gastos familiares?
- iv. ¿Tiene personas a cargo? En caso positivo indique ¿quiénes y cuántas? y allegue los correspondientes registros civiles de nacimiento o matrimonio.
- v. ¿Es propietario de bienes inmuebles o muebles o, tiene alguna participación en

sociedades? En caso positivo ¿cuál es su valor y la renta que puede derivar de ellos?

vi. Detalle su situación económica actual.

vii. ¿actualmente tiene algún vínculo laboral? ¿Fue contactada por la Secretaría Departamental de educación de Nariño, a fin de informarle sobre otro cargo vacante definitivo como docente?

viii. El Consejo Comunitario Río Sanquianga le informó las razones por las cuales no le otorgó el aval correspondiente, para desempeñarse como etnoeducadora en el municipio Olaya Herrera?

SEGUNDO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, a la dirección de correo electrónico: notificacionesjudiciales@cns.gov.co para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. ¿Qué se acordó sobre el aval de reconocimiento cultural con la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras, respecto de la convocatoria No. 238 de 2012, para ocupar las vacantes de los empleos públicos de carrera de docentes y directivos docentes, para población Afrodescendiente Negra, Raizal y Palenquera?

ii. ¿Qué ha ocurrido con la autorización que le otorgó, el pasado 14 de diciembre de 2015, a la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño, a fin de proveer las vacantes definitivas con los docentes que se encuentran en la lista de elegibles de la convocatoria No. 238 de 2012 y a los cuales les fue negado el aval de reconocimiento cultural?

TERCERO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Secretaría Municipal de Educación de Tumaco, a la dirección de correo electrónico: secretariadeeducacion@tumaco-narino.gov.co para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. ¿Si el cargo de docente que desempeñaba la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, en la IE Peña Colorada – Sede 1 Peña Colorada Primaria requería de un aval de reconocimiento cultural?. En caso de ser afirmativa la respuesta, deberá aportar copia del mismo al proceso de la referencia.

ii. ¿Actualmente dentro de las instituciones educativas del municipio se cuentan con algún cargo vacante similar al que desempeñaba la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín?

CUARTO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la Secretaría Departamental de Educación de Nariño, a la dirección de correo electrónico: sednarino@sednarino.gov.co y carmenlunamar@gmail.com para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. ¿Vinculó a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín al cargo de docente que seleccionó en el municipio Olaya Herrera? o ¿procedió a su reubicación laboral, acorde con la autorización otorgada, el pasado 14 de diciembre de 2015, por la Comisión Nacional del Servicio Civil?. En caso de ser la respuesta negativa, explique la razón de la misma.

ii. ¿Dentro del municipio existen otros cargos de docentes en los que no se requiera el cumplimiento del requisito del aval de reconocimiento cultural?, ¿actualmente cuenta con algún cargo de docente vacante que no requiera el requisito del aval de reconocimiento cultural?

QUINTO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al Consejo Comunitario Río Sanquianga, a la dirección de correo electrónico: lucmonyes@hotmail.es y notificacionjudicial@olayaherrera-narino.gov.co para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. ¿Otorgó el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, a fin de que se vincule como docente del municipio Olaya Herrera?. En caso de ser la respuesta negativa, explique la razón de la misma.

ii. ¿Motivó y notificó el no reconocimiento del aval a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín?

iii. ¿No estaban representados por la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras que participó junto con la Comisión Nacional del Servicio Civil, de la elaboración de la convocatoria No. 238 de 2012, para ocupar las vacantes de los empleos públicos de carrera de docentes y directivos docentes, para población Afrodescendiente Negra, Raizal y Palenquera?

SEXTO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al Ministerio de Educación, a la dirección de correo electrónico: notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. ¿De la conformación de la Comisión Pedagógica Nacional para la convocatoria No. 238 de 2012 que realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil hizo parte algún representante o se encontraba plenamente representada el Consejo Comunitario Río Sanquianga?

ii. ¿Qué se acordó con las comunidades, específicamente el Consejo Comunitario Río Sanquianga, sobre el aval de reconocimiento cultural para los docentes que lograran superar todas las etapas de la convocatoria a concurso de méritos No. 238 de 2012, de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC?

SÉPTIMO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a EMSSANAR E.S.S, a la dirección de correo electrónico: unidaddecorrespondenciarnp@emssanar.org.co para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

i. El tipo de afiliación, es decir, el régimen de salud al que pertenece la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, identificada con la cédula de ciudadanía No. 59.665.347 de Tumaco – Nariño. Igualmente, deberá indicar si actualmente se encuentra activa, con un tratamiento médico en curso y sobre su registro como madre cabeza de familia”23.

22. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- El 17 de abril de 2017, el Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil afirmó que para llevar a cabo la convocatoria No. 238 de 2012 se realizó un proceso de consulta con representantes de las comunidades afrocolombianas negras, raizales y palenqueras, miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras - CPN-, quienes delegaron en una subcomisión el proceso que permitió llegar a acuerdos básicos sobre el concurso de etnoeducadores.

Al respecto, precisó que la referida subcomisión discutió dos propuestas sobre la forma como debía incorporarse el requisito del aval de reconocimiento cultural en el concurso de méritos de etnoeducadores. (i) En un primer momento, se consideró que los aspirantes al concurso de méritos, previo a su inscripción, debían contar con ese documento, sin embargo, posteriormente (ii) se estimó que la participación de las comunidades negras en el concurso de méritos de etnoeducadores, a través del otorgamiento del aval de reconocimiento cultural, se llevaría a cabo hasta la etapa del periodo de prueba, esta última propuesta fue acogida por la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras - CPN, para incluirla en la convocatoria del concurso de etnoeducadores.

“ACTA SESIÓN SUBCOMISIÓN CONCURSO AFROCOLOMBIANO

Marzo 13 y 14 de 2012

(...)

Documento 1

LINEAMIENTOS GENERALES DE ORIENTACIÓN CONCURSO DOCENTE ESPECIAL ENTOEDUCATIVO

1.1. ESTRUCTURA DEL CONCURSO

CONVOCATORIA

La convocatoria relacionará lo establecido en los decretos reglamentarios.

1.1.1. Inscripción

El proceso de inscripción contempla previamente la presentación del aval de reconocimiento cultural que acredite que el aspirante pertenece a las comunidades afrocolombianas negras, raizal y palenquera, en concordancia de lo dispuesto en la ley y la jurisprudencia y demás normas concordantes y pertinentes.

El aval debe ser expedido por los consejos comunitarios con titulación colectiva y las organizaciones de base con representación legal demostrada y existencia mínima de tres años donde no existen territorios colectivos.

(...).

ACTA SESIÓN SUBCOMISIÓN CONCURSO AFROCOLOMBIANO

Abril 23 y 24 de 2012

(...)

4. Informe sobre el aval requerido por los aspirantes al concurso

La subcomisión de concurso propuso retirar el aval de proyecto del acuerdo del concurso de etnoeducadores afrocolombianos y en consecuencia el MEN²⁴modificará el artículo 16 del decreto 3323 de 2005, que incluirá la participación de las comunidades en la evaluación del periodo de prueba.

(...).

COMISIÓN PEDAGÓGICA NACIONAL DE COMUNIDADES NEGRAS, AFROCOLOMBIANAS, PALENQUERA Y RAIZAL

SESIÓN XXIV

Agosto 28 y 29 de 2012

(...)

(...)

f. Posteriormente se trabajará concertadamente CPN, MEN y CNSC en la formulación del

protocolo de evaluación del periodo de prueba de etnoeducadores afrocolombianos, en desarrollo de la aplicación de los criterios concertados en el proyecto de Acuerdo de convocatoria a concurso, siempre bajo la premisa que se garantizará la participación de las comunidades afrocolombianas y de las instituciones etnoeducativas en la valoración del periodo de prueba de los etnoeducadores afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros.

(...)

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado la Comisión Pedagógica Nacional aprueba el proyecto de Acuerdo para la convocatoria del concurso para etnoeducadores de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

(...)”.

Conforme con lo expuesto en precedencia, aclaró que dentro de las normas que regulaban el concurso y, específicamente, la convocatoria No. 238 se encontraba previsto lo atinente al “proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos, raizales y palenqueros a la carrea docente”, disposiciones que eran conocidas por todos los aspirantes, dado que la convocatoria fue pública. En consecuencia, sostuvo que la no expedición del aval de reconocimiento cultural por parte del respectivo consejo comunitario, a los elegibles, que en audiencia pública escogieron plazas en territorios colectivos, no les permite acceder al cargo al que se postularon, pero tampoco constituye una causal para excluirlos del mérito.

Así las cosas, la lista de elegibles producto del proceso de selección debe respetarse y en caso de existir vacantes definitivas a proveer en la misma entidad territorial, que no requieran el aval de reconocimiento cultural para su nombramiento en periodo de prueba, tendrán que ser asignadas entre los miembros de la lista a los que no les fue otorgado el mencionado aval, observando su estricto orden de composición²⁵.

- El 17 de abril de 2017, la apoderada de la Secretaría Departamental de Nariño manifestó que a la fecha no ha sido posible nombrar en periodo de prueba a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, en la vacante escogida por ella, ubicada en el centro educativo La Loma del municipio Olaya Herrera - Nariño, dado que carece del aval de reconocimiento cultural, requisito previsto en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015 “Por el cual se expide el

Decreto Único Reglamentario del sector Educación”.

En relación al oficio No. 202-2015 EE 35398 emitido el 14 de diciembre de 2015 por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante el cual se autorizó a dicha Secretaría para proveer en periodo de prueba los cargos vacantes con los elegibles de la convocatoria No. 238 de 2012, a los que no les fue otorgado el aval de reconocimiento cultural, indicó que, conforme a ello, han realizado audiencias de selección ofertando vacantes definitivas ubicadas en la zona urbana, dado que no requieren el aval de reconocimiento cultural para su nombramiento. Sin embargo, destacó que no ha sido posible citar a la señora Batioja Ferrín para el efecto, ya que le anteceden cincuenta y un (51) personas en idénticas condiciones, es decir, sin el aval de reconocimiento cultural y solo puede proceder al nombramiento en estricto orden de méritos.

Conforme con lo anterior, señaló que actualmente existen cinco (5) vacantes definitivas que no requieren el aval de reconocimiento cultural, entre las que se encuentra una vacante en la institución educativa La Inmaculada del municipio Olaya Herrera, la cual se ofertará en audiencia pública el 24 de abril de 2017 y para la que se citó en estricto orden de méritos a los puestos 14, 15, 16, 20, 22 y 25 del listado de elegibles al que pertenece la demandante, sin que fuera posible convocar a esta última, pues ocupa la posición 110 en la lista de elegibles. No obstante, aclaró que de generarse nuevas vacantes en donde no se requiera el aval continuará citando a los miembros que conforman la mencionada lista de elegibles en estricto orden de mérito²⁶.

- El 18 de abril 2017, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación indicó que, luego de catorce años de trabajo participativo, concertado y consultado entre las entidades del Estado y las comunidades afrocolombianas, representadas por los comisionados de la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras – CPN, el pasado 2 de octubre de 2012 la Comisión Nacional del Servicio Civil dio apertura a las convocatorias Nos. 221 a 249 de 2012, a fin de iniciar de manera oficial el concurso para la selección por mérito de etnoeducadores afrocolombianos, negros, raizales y palenqueros, al servicio de treinta instituciones educativas de entidades territoriales.

Informó que el concurso cuenta con elementos diferenciadores para entidades afrocolombianas, en virtud de su condición de sujetos de protección de su cultura y

diversidad. De ahí que, para el desarrollo de cada una de las pruebas se incluyó el componente etnoeducativo afrocolombiano, lo cual hace que la convocatoria sea una expresión de pertenencia a las comunidades afrodescendientes.

De otro lado, explicó que el proceso de incorporación de los docentes en establecimientos educativos ubicados en territorios de comunidades negras, según el artículo 17 del Decreto 3323 de 2005 y del artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, requiere de un aval de los consejos comunitarios de esos territorios. Por tanto, la decisión de los consejos comunitarios sobre el otorgamiento o no del aval de reconocimiento cultural debe ser el resultado de un proceso en el que los integrantes de tales consejos evalúen, principalmente, la calidad y pertinencia de los proyectos etnoeducativos que hayan formulado las personas que hacen parte de la lista de elegibles. Ello quiere decir, que los consejos comunitarios están llamados a colaborar con el Estado en la función de verificación de los proyectos etnoeducativos que vayan a ser ejecutados al interior del respectivo territorio colectivo, con el propósito de que aquéllos 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 habita en esos territorios, pues de ese modo la educación contribuye a salvaguardar la identidad étnica y cultural de esos pueblos.

En este orden de ideas, afirmó que el Consejo Comunitario del Río Sanquianga, como colectivo de comunidades negras, se encontraba representado por los delegados del departamento de Nariño en la Comisión pedagógica Nacional, ya que es el órgano de asesoría política de etnoeducación para las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras en el departamento, la cual, para la época en la que se realizó el concurso de méritos contó con el número de delegados señalados en el numeral 7 del artículo 1 del Decreto 2249 de 1995, esto es, seis (6) comisionados.

Por último, reiteró que el acuerdo de convocatoria No. 238 de 2012 se expidió previa concertación con la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras - CPN, y dentro de las normas que orientaron esa convocatoria se encuentra el aval de reconocimiento cultural, como requisito previo para el nombramiento en periodo de prueba en los territorios colectivos (artículos 4 y 5 del Decreto 140 de 2006). En consecuencia, destacó que tanto el Consejo Comunitario del Río Sanquianga como la accionante estaban enterados de todo lo relacionado con el aval de reconocimiento cultural y las implicaciones que generaban para

cada uno²⁷.

- El 18 de abril de 2017, la apoderada de la Gerencia Regional Nariño - Putumayo de la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud EMSANAR ESS certificó que la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín se encuentra afiliada a dicha entidad, desde el 3 de agosto de 2016 en el régimen subsidiado. Asimismo, informó que desconoce la historia clínica de la accionante, comoquiera que es la IPS COOEMSSANAR LTDA, la entidad encargada del manejo de ese documento²⁸.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

23. Esta Corte es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 27 de enero de 2017, proferido por la Sala de Selección de tutela Número Uno de esta Corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

A. CUESTIONES PREVIAS - PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

24. Legitimación por activa.

El artículo 86 de la Constitución ha previsto que cualquier persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados.

La señora Rosa Elvia Batioja Ferrín actúa en nombre propio como titular de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentra legitimada para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art.10º).

25. Legitimación por pasiva.

El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando: a) estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, b) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o c) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular²⁹.

En el caso en concreto, la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco así como la Secretaría de Educación Departamental de Nariño son entidades públicas, por tanto se entiende acreditado este requisito de procedencia.

En cuanto al Consejo Comunitario Río Sanquianga, pese a que no fue demandado en la acción de tutela³⁰, la demandante controvierte el hecho de que dicho Consejo no le otorgara el aval de reconocimiento cultural, no obstante haber superado todas las etapas del concurso de méritos, razón por la cual esta Sala de Revisión considera pertinente pronunciarse sobre su legitimación por pasiva.

De conformidad con el 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” los consejos comunitarios son personas jurídicas que ejercen la máxima autoridad de administración interna dentro de las tierras de las comunidades negras. Lo anterior quiere decir, que aun cuando no existe un vínculo contractual previo entre la señora Batioja Ferrín y el Consejo Comunitario Río Sanquianga, la accionante está sometida al reconocimiento del mencionado aval, a fin de acceder a la posesión del cargo por el que concursó. Por tanto, se encuentra en una situación de indefensión respecto del Consejo Comunitario Río Sanquianga, dado que carece de capacidad efectiva para reaccionar frente a la decisión de no emitir el documento solicitado, situación que ubica a la señora Batioja Ferrín en un plano de desequilibrio en relación con la posición del consejo comunitario y en virtud de ello, la Sala entiende acreditado este requisito de procedencia.

26. Inmediatez.

El requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de

tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, la Corte ha dispuesto que se debe presentar la solicitud de amparo dentro de un plazo razonable que debe ser valorado caso por caso³¹.

Respecto de la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco, la accionante presentó la demanda de tutela el 23 de junio de 2016, es decir, un mes (1) y once (11) días después de haber expedido la entidad demandada el acto que generó la presunta vulneración de sus derechos fundamentales – Resolución No. 1377 del 12 de mayo de 2016, mediante la cual la Alcaldesa de Tumaco dio por terminada la vinculación provisional de la señora Batioja Ferrín –, término que la Corte juzga prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos invocados.

En cuanto a la actuación que se reprocha de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, esta Sala de Revisión considera que aquella consiste en la negativa de esa entidad para efectuar el nombramiento de la accionante en periodo de prueba, dado que no cumple con el requisito del aval de reconocimiento cultural.

Cabe destacar, que pese a que la señora Batioja Ferrín afirmó que suscribió una petición y la presentó ante la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, con el fin de que aquella procediera a su nombramiento, de este documento no existe prueba en el expediente, así como tampoco de su respuesta, pues el oficio No. 2016RE1755 del 1 de febrero de 2016 al que hace referencia la demanda corresponde a la respuesta otorgada por la accionada a otra persona, que se encuentra en la misma situación de la demandante, es decir, dentro de la lista de elegibles pero sin haberse efectuado su nombramiento en periodo de prueba como etnoeducadora, debido a que no cuenta con el aval de reconocimiento cultural. Sin embargo, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño reconoció que en la misma fecha contestó en idéntica forma todas las peticiones de los elegibles cuyo nombramiento en periodo de prueba como etnoeducadores se encuentra pendiente por carecer del requisito del aval.

“Al respecto me permito informarle que la radicación que se menciona en el oficio, como respuesta proferida por la SED, corresponde a la señora MARIA PATRICIA BETANCOURT LARA, y no a nombre de la accionante señora ROSA ELVIA BATIOJA FERRIN, sin embargo el

contenido de la respuesta y los apartes transcritos en el escrito de tutela tienen similar estructura, debido a que la SED para estas fechas recibió una radicación masiva de peticiones que presentaron los elegibles cuya selección de vacante se encontraba en territorios colectivos y a quienes se les había negado el aval por parte de los Consejos Comunitarios, con la pretensión de ser nombrados en periodo de prueba sin el cumplimiento de los requisitos legales, específicamente los contenidos en el decreto No. 3323 del 2005 artículo 17.

Así mismo, se radicaron diversas tutelas que fueron de conocimiento de distintas autoridades judiciales, y que tienen el mismo formato del escrito tutelar que hoy es objeto de revisión por parte de su despacho, por lo que se presumiría que se haya dejado el número de radicación del oficio 2016RE1755 que correspondió a otra de las elegibles”³². (Negrilla fuera del texto).

Conforme con lo expuesto en precedencia, se considerarse que la solicitud de amparo interpuesta contra la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, fue presentada en un término razonable, esto es, dentro de los cuatro (4) meses y veintiún (21) días siguientes a la emisión de la respuesta generalizada dada por la entidad demandada a las personas de la lista de elegibles que no les fue reconocido el aval para proceder a su nombramiento en periodo de prueba como etnoeducadores.

27. Subsidiariedad.

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991³³, establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos o eficaces para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A SOLICITUDES DE PREPENSIONADOS

27.1. Esta Corte, por regla general, ha estimado que no procede la acción de tutela para discutir los actos administrativos de desvinculación, así como tampoco las solicitudes de reintegro al lugar de trabajo de las personas prepensionadas, debido a la existencia de otros

mecanismos judiciales que permiten ejercer una apropiada defensa de tales pretensiones. Sin embargo, también ha señalado la procedencia excepcional del amparo constitucional, ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es decir, como mecanismo transitorio, cuando el perjuicio sea (i) inminente, (ii) grave, (iii) se requieran medidas urgentes para superarlo y (iv) las medidas de protección sean impostergables³⁴.

27.2. Asimismo, la Corte también ha reconocido la procedencia definitiva de la acción de tutela, al evidenciar que el prepensionado que pretende su estabilidad laboral reforzada se encuentra en una precaria situación generada por el retiro de su lugar de trabajo. Razón por la cual, se hace necesario tramitar el asunto a través de un mecanismo preferente y sumario, pues de someter al actor, en tales condiciones, a un procedimiento que podría durar un tiempo considerable, tornaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por éste, un ejemplo de ello puede ser advertido por el juez de tutela al constatar una afectación al mínimo vital del prepensionado³⁵.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA DISCUTIR ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MÉRITOS DE ETNOEDUCADORES

27.3. Esta Corporación ha señalado, por regla general, que es improcedente la acción de tutela que pretenda controvertir los actos proferidos por las autoridades administrativas que se expidan con ocasión de un concurso de méritos³⁶, pues para ello se han previsto otros instrumentos judiciales como lo dispone el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011³⁷ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, máxime si se tiene en cuenta que con la entrada en vigencia de la citada ley se consagraron una serie de medidas cautelares que pueden ser de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, las cuales constituyen verdaderos mecanismos de protección, ante los efectos adversos de los actos administrativos, hasta tanto el juez resuelva de fondo el asunto.

Sin embargo, la Corte Constitucional también ha sostenido que cuando se discuten actos administrativos en el marco de un concurso de méritos de docentes etnoeducadores, procede excepcionalmente la acción de tutela (i) como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo

Contencioso Administrativo y (ii) como mecanismo transitorio, para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable ante una posible pérdida de autonomía o identidad cultural del grupo étnico.

27.4. Sobre el particular, la sentencia T-946 de 2009³⁸ analizó la acción de tutela presentada por un docente contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Departamento de Sucre y la Secretaría de Educación Departamental, por considerar que dichas entidades vulneraron sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y de petición, al negarse a efectuar su nombramiento en periodo de prueba, no obstante haber superado todas las etapas del concurso de méritos para docentes etnoeducadores afrocolombianos en el que participó. Argumentaban para su negativa, la suspensión del trámite debido a las irregularidades presentadas en la publicación de los listados contentivos de los resultados definitivos de las pruebas realizadas por los participantes. En esa ocasión, la Corte consideró que el actor carecía de un medio de defensa judicial, toda vez que los actos administrativos de publicación de resultados y de suspensión del concurso de méritos son actos de trámite o de ejecución, sobre los que, por regla general, no procede recurso alguno ni acciones judiciales. En consecuencia, a fin de prevenir una decisión de rechazo o inhibitoria por parte del juez de lo contencioso administrativo y en detrimento de los derechos fundamentales del demandante, procede la solicitud amparo como mecanismo definitivo. Dijo este Tribunal en ese entonces:

“5.4. En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el actor cuestiona el acto de la publicación de resultados de todas las pruebas practicadas con ocasión del concurso de méritos de docentes y de directivos docentes de etnoeducadores en el Departamento de Sucre, llevado a cabo los días 9 y 10 de abril de 2007 por parte de la administración departamental, así como el acto mediante el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil resolvió suspender el concurso con ocasión de las denuncias relacionadas con presuntas y graves irregularidades en el proceso de selección adelantado en dicha circunscripción territorial. Tales actos constituyen actos de trámite contra los que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo, por regla general, no proceden los recursos por la vía gubernativa ni tampoco las acciones contencioso administrativas. No obstante, el accionante carece prima facie de otros medios de defensa judicial y por tanto de acciones eficaces para la protección inmediata de sus derechos fundamentales invocados cuyo amparo invocó en la presente acción de tutela.

Bajo ese supuesto, dado el carácter de actos ejecutivos y no de fondo –como lo sostiene el Consejo de Estado y lo ha reiterado en varias oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación, en especial, tratándose de los actos de publicación de resultados en un concurso de méritos o, también, en los actos de suspensión de un concurso de mérito por parte de la CNSC, como sucede en el presente asunto–, la acción contencioso administrativa que eventualmente propusiera el actor, desde el inicio puede ser rechazada o, finalmente, puede, respecto de tales actos, proferirse una decisión inhibitoria, que en últimas implicaría la desprotección judicial del derecho al debido proceso administrativo invocado por el demandante.[49]

En efecto, el riesgo que se describe no es hipotético. Se funda en la percepción que tiene la jurisdicción contencioso administrativa sobre la naturaleza de los actos de trámite o de ejecución, los cuales, se ha dicho, no son susceptibles de acción jurisdiccional”.

27.5. Cabe destacar, que acorde con lo previsto por el artículo 43 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, son actos administrativos susceptibles de demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo “los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. En razón a ello, el Consejo de Estado ha diferenciado los actos administrativos de contenido definitivo, de los preparatorios, de trámite y de ejecución.

En ese sentido, el alto tribunal ha estimado que (i) un acto administrativo será de carácter definitivo cuando contenga decisiones de la Administración, producto de la conclusión de un procedimiento administrativo o que imposibiliten la continuación de esa actuación³⁹, por tanto, este tipo de actos comúnmente niegan o conceden un derecho reclamado ante la autoridad. De ahí que produzca efectos jurídicos vinculantes para el particular pues, crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica⁴⁰. De otra parte, (ii) los actos preparatorios son los que se limitan a preparar la actuación de la Administración, mientras que, (iii) los actos de trámite impulsan tal actuación, como los actos expedidos durante el trámite de los concursos de méritos⁴¹, es decir, que “constituyen el conjunto de actuaciones intermedias, que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el

acto definitivo”⁴² y solo por excepción son demandables, en los eventos en los que impidan que la actuación continúe⁴³, pues en este caso se convertirían en actos definitivos. Finalmente, (iv) los actos de ejecución tienen por objeto dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las del acto o sentencia ejecutada, pues son expedidos para materializar esas decisiones. No obstante, el Consejo de Estado ha aceptado su estudio a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en los casos en los que ese acto exceda, parcial o totalmente, lo dispuesto en el acto administrativo o sentencia ejecutada, pues en ese evento crea, reconoce, modifica o extingue una situación jurídica diferente, generando así un verdadero acto administrativo⁴⁴, el cual constituye un acto administrativo independiente.

De lo anterior se puede colegir, que los actos preparatorios, de trámite y de ejecución, no son en principio demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, de generar una eventual vulneración de derechos fundamentales, su análisis procedería a través de la acción de tutela.

27.6. De otro lado, la sentencia T-871 de 2013⁴⁵ estudió la acción de tutela incoada 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 ésta se negaba a nombrarlos en propiedad en los cargos de etnoeducadores, pese a que habían sido elegidos por las propias autoridades indígenas. La referida Secretaría señalaba como justificación para tal proceder, el deber de acceder al régimen de carrera, sin tomar en consideración que la sentencia C-208 de 2007 precisó que “para los docentes indígenas no existe un régimen especial que determinara que fuera también a través del concurso de méritos el proceso de vinculación”. En cuanto a su procedencia, la Corte consideró que el asunto era de relevancia constitucional, lo que activaba su competencia para evitar la configuración del perjuicio irremediable ante una posible pérdida de autonomía o identidad cultural del grupo étnico.

“(…)Descendiendo al caso que se examina, el juez de segunda instancia rechazó la acción de tutela por improcedente argumentando que los actores podían acudir a otro recurso judicial, como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la decisión emitida por la Secretaría de Educación. Ante lo anterior, la Sala recuerda los precedentes ya establecidos por la jurisprudencia constitucional en casos parecidos al presente, como lo es la sentencia T-116 de 2011^[39], en la cual se declaró procedente la acción de tutela y se negó el

argumento de la subsidiariedad, con base en que los derechos fundamentales presuntamente vulnerados representan un asunto de relevancia constitucional, que requiere de una solución oportuna que impida un perjuicio irremediable como lo es la pérdida de la autonomía o identidad cultural de la comunidad étnica o indígena respectiva. En palabras de la Corte:

‘(...) 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’”⁴⁶ (Negrilla fuera del texto).

27.7. Con fundamento en lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Revisión verificar el requisito de subsidiariedad, respecto de cada uno de los actos administrativos objeto de cuestionamiento en la presente acción de tutela.

27.8. En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco, para amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, debido a su calidad de prepensionada, se advierte que mediante auto de pruebas de fecha 5 de abril de 2017⁴⁷ le fue solicitado a la actora copia de su cédula de ciudadanía, así como información sobre su situación económica actual y las semanas cotizadas al sistema general de pensiones, empero tales documentos no fueron aportados al expediente de la referencia. En consecuencia, este Tribunal no cuenta con los medios de prueba suficientes para determinar la edad de la accionante, ni tiene certeza sobre las circunstancias especiales por las que pueda o no estar atravesando ella y su familia con ocasión de la no renovación de su contrato de prestación de servicios con la Administración. Conforme a ello no es dable concluir que se esté en presencia de un perjuicio irremediable o

que la acción de tutela sea el mecanismo judicial idóneo y eficaz para resolver de manera definitiva la pretensión de la demandante. Igualmente, hay que resaltar que de analizarse de fondo la presente solicitud, tampoco se cuentan con las evidencias suficientes para establecer la calidad de prepensionada de la señora Batioja Ferrín.

Sin perjuicio de lo anterior, la señora Rosa Elvia puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, si así lo considera pertinente, para que, mediante un proceso en el que se analicen y controviertan todos los medios de prueba, se decida sobre su condición de prepensionada. Por consiguiente, esta Sala confirmará la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2016, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto que revocó la providencia de primera instancia y en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela incoada por la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín contra la secretaría de Educación Municipal de Tumaco.

27.9. De otra parte, lo referido a la procedencia de la acción de tutela para cuestionar la emisión del oficio mediante el cual la Secretaría de Educación Departamental de Nariño niega el nombramiento de la señora Batioja Ferrín en período de prueba como etnoeducadora en el Centro Educativo “La Loma” del municipio Olaya Herrera - Nariño, la Corte considera que éste 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.

Así las cosas, al ser un acto de ejecución el que la demandante alega como transgresor de sus derechos fundamentales, esta Sala de Revisión estima que la acción de tutela procede de manera definitiva ejercer su control.

27.10 Finalmente, frente al no otorgamiento del aval de reconocimiento cultural por parte del Consejo Comunitario Río Sanquianga, la Corte constata que en el ordenamiento procesal vigente no existe un mecanismo judicial que permita controvertir tal decisión. Por lo tanto, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo, en atención a la ausencia de un

medio de defensa ordinario para resolver la controversia planteada.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

28. Acorde con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar (i) si la Secretaría de Educación Departamental de Nariño vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, el acceso al trabajo, los derechos docentes adquiridos, el derecho de petición y el debido proceso de la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, al haberse negado a posesionarla en período de prueba como docente etnoeducadora, pese a que aprobó el correspondiente concurso de méritos, con fundamento en que carece del aval de reconocimiento cultural del Consejo Comunitario Sanquianga del municipio Olaya Herrera. Asimismo, es preciso establecer (ii) si el Consejo Comunitario Río Sanquianga actuó dentro del margen de su autonomía, al no otorgarle a la demandante el aval de reconocimiento cultural para que se desempeñe como etnoeducadora en la institución educativa “La Loma”.

29. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala analizará (i) los fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales de la etnoeducación. Seguidamente estudiará lo relativo (ii) a la participación de las comunidades negras en la escogencia y el nombramiento de etnoeducadores. Finalmente, se pronunciará sobre (iii) el requisito del aval de reconocimiento cultural y (iv) resolverá el caso en concreto.

A. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA ETNOEDUCACIÓN

30. Acorde con el inciso quinto del artículo 68 Superior⁴⁸, los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho al acceso a una formación educativa que respete y desarrolle su identidad cultural.

31. Conforme con tal mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 70 de 1993 “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política”, cuyo propósito, entre otros, es el de establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y los

derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico. Razón por la cual, tal disposición prevé la garantía de un proceso educativo acorde con las necesidades y aspiraciones etnoculturales.

“ARTICULO 32. El Estado colombiano reconoce y garantiza a las comunidades negras el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales.

La autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que en cada uno de los niveles educativos, los currículos se adapten a esta disposición”.

32. Posteriormente, mediante la Ley 115 de 1994, “Por la cual se expide la ley general de educación” se regula la “Educación para grupos étnicos” definiendo la etnoeducación, como la educación que se imparte a los grupos étnicos, a través de la que se respetan sus creencias y tradiciones.

“ARTICULO 55. Definición de etnoeducación. 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.

(...)”.

33. Al respecto, esta Corte ha sostenido que la etnoeducación es un derecho fundamental con enfoque diferencial, pues garantiza la educación a cada comunidad o grupo étnico nacional, basada en el “reconocimiento y respeto de la diversidad e identidad étnica y cultural”⁴⁹. En consecuencia, (i) constituye un mecanismo que permite salir de la exclusión y discriminación y (ii) hace posible la conservación y el respeto de “sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos”⁵⁰. Es por ello, que su titularidad se radica tanto en cabeza de los miembros de la comunidad, individualmente considerados, como de la misma comunidad, en su la calidad de sujeto jurídico colectivo⁵¹.

34. En suma, la etnoeducación es una garantía constitucional y un derecho fundamental con enfoque diferencial en cabeza de las comunidades étnicas y de los individuos que hacen parte de las mismas. Consiste en el acceso a una educación de calidad, en la que, además,

se reconozca y respete la cultura, el idioma, las tradiciones y los conocimientos propios de cada una de las comunidades étnicas que conviven en el territorio nacional, a fin de conservar y transmitir su identidad cultural, y prevenir cualquier tipo de exclusión y discriminación que pueda provenir de la sociedad.

A. PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, RAIZALES Y PALENQUERAS EN LA SELECCIÓN DE ETNOEDUCADORES

35. El Convenio OIT 169 de 1989, incorporado al ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 21 de 1991, contiene un conjunto de disposiciones especiales sobre la educación de los pueblos indígenas y tribales. Su artículo 27 dispone que los programas y servicios de educación se deben desarrollar y aplicar en cooperación con dichos pueblos. Además, reconoce autonomía a esas comunidades para administrar su sistema educativo e instituciones.

“ARTÍCULO 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin”.

En este punto es preciso destacar, que la sentencia C-169 de 2001⁵² estableció que el Convenio 169 de la OIT resulta aplicable a las comunidades negras, pues al igual que ocurre con los grupos tribales (i) están organizadas de tal manera que comparten rasgos culturales

y sociales que los diferencian de otros sectores de la población nacional y (ii) poseen identidad grupal, por tanto, cada uno de los miembros de esa colectividad asumen su relación con ella.

36. El artículo 42 de la citada Ley 70 de 1993⁵³, radicó en cabeza del Ministerio de Educación la formulación y ejecución de la política de etnoeducación para las comunidades negras y creó una comisión pedagógica con representantes de esas comunidades, para asesorar dicha política.

37. Posteriormente, el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 indica que para la selección de educadores que laboren en las comunidades étnicas, se preferirán los miembros de las mismas comunidades que acrediten formación en etnoeducación y conocimientos básicos sobre el respectivo grupo étnico. Sin embargo, su vinculación y formación docente se regirá por el estatuto docente y por las normas especiales aplicables a esos grupos.

ARTÍCULO 62. Selección de educadores. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano. La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993.

38. En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió los Decretos (i) 804 de 1995 “Por medio del cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos” y (ii) 2249 de 1995 “Por el cual se conforma la Comisión Pedagógica de Comunidades Negras de que trata el artículo 42 de la Ley 70 de 1993”.

Al respecto, el Decreto 804 de 1995 consagra que aun cuando la educación para los grupos étnicos hace parte del servicio público educativo, “[l]os docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbres”, preferiblemente entre los

miembros de las mismas comunidades, a través de un concurso de méritos (arts. 1, 11 y 1354). A su vez 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 y en concertación con las comunidades étnicas (arts. 5, 6 y 855).

Por su parte, el Decreto 2249 de 1995 crea la Comisión Pedagógica Nacional, integrada por delegados del Gobierno Nacional y “dos (2) delegados por cada uno de los departamentos de: Chocó, Nariño, Valle del Cauca, Cauca, Antioquia y San Andrés, Providencia y Santa Catalina”, entre otros miembros. Esos representantes de las comunidades negras son elegidos por las organizaciones de base de las comunidades⁵⁶ ante las Comisiones Consultivas Departamentales y Regionales de su territorio (art. 1-7 y 257), 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”, además de otras funciones (art. 4-158).

39. El Decreto Ley 1278 de 2002 “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente” regula, de manera general, las relaciones entre el Estado y los educadores a su servicio a través de la carrera docente.

“ARTÍCULO 8. Concurso para ingreso al servicio educativo estatal. El concurso para 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.

ARTÍCULO 16. Carrera docente. La carrera docente es el régimen legal que ampara el ejercicio de la profesión docente en el sector estatal. Se basa en el carácter profesional de los educadores; depende de la idoneidad en el desempeño de su gestión y de las competencias demostradas; garantiza la igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos para el efecto; y considera el mérito como fundamento

principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el Escalafón”.

40. Con fundamento en las normas anteriores, el Presidente de la República expidió el Decreto 3323 de 2005 “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” y el 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”, los cuales fueron compilados en el Decreto 1075 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación”.

Cabe destacar, que tales disposiciones normativas determinan las etapas del concurso de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes etnoeducadores afrocolombianos y raizales, conformada por las siguientes etapas: (a) la convocatoria, (b) inscripción y publicación de admitidos a las pruebas, (c) prueba integral etnoeducativa, cuyos componentes “medirán el conocimiento de los aspirantes en los saberes básicos y específicos de dichos pueblos” y será diseñada en un trabajo conjunto y coordinado entre el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior – ICFES y una comisión representativa de la Comisión Pedagógica Nacional conformada para este fin, (d) publicación de resultados de la prueba integral etnoeducativa, (e) valoración de antecedentes y entrevista, (g) conformación y publicación de listas de elegibles, (h) nombramiento en período de prueba (arts. 3 y 9 – párrafo del decreto 3323 de 200559). Así, para proceder a la última etapa del concurso – nombramiento en periodo de prueba como etnoeducador – es necesario contar con un aval de reconocimiento cultural expedido por el respectivo consejo comunitario del territorio colectivo donde se prestará el servicio de educación, el cual deberá ser entregado a la entidad territorial y en caso de no contar con ese aval, no podrá procederse a dicho nombramiento (art. 17 del decreto 2333 de 2005, modificado por el 4 del Decreto 140 de 200660).

41. Esta Corte mediante sentencia C-666 de 201661, al analizar la constitucionalidad del Decreto Ley 1278 de 2002 respecto de su aplicación a los pueblos afrocolombianos, estableció que las comunidades negras, al igual que los indígenas, carecían de una

regulación legal integral en materia de “relaciones del Estado con los educadores a su servicio”, a través de la cual, le fuera permitido a las comunidades negras formular y ejecutar lo atinente al servicio de educación en sus territorios, a fin de preservar la cultura y tradiciones de esos pueblos, temas que por su contenido no pueden ser objeto de estudio de decretos reglamentarios.

Por consiguiente, en esa ocasión la Sala Plena de este Tribunal concluyó que el Decreto Ley 1278 de 2002 no le es aplicable a las comunidades negras, raizales y palenqueras. Explicó este Tribunal:

“(…)

En relación con las disposiciones que el ministerio considera constituyen la regulación de la relación entre los docentes de las comunidades negras y el Estado, es necesario observar, en primer lugar, que los artículos de la Ley 115 de 1994 no regulan integralmente las relaciones entre los docentes de grupos étnicos y el Estado, como lo hace el Decreto 1278 de 2002 en relación con los demás docentes. De hecho, como lo sostuvo la Corte en la Sentencia C-208 de 2007, tales artículos de la Ley 115 de 1994 no fueron modificados por el Decreto 1278 de 2002. Por lo tanto, en aquella oportunidad la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del mencionado decreto, pues consideró que estos artículos no constituían una regulación integral del sistema de vinculación, evaluación y ascenso de los docentes indígenas. En ese orden de ideas, aun cuando en la parte resolutive la Corte integró el vacío normativo con disposiciones de la Ley 115 de 1994 y otras normas de carácter reglamentario, lo hizo sólo de manera temporal, mientras el Legislador regulaba íntegramente la materia. Sin embargo, como lo anota el mismo Ministerio de Educación y ha tenido la oportunidad de observarlo la Corte Constitucional, dicha integración tampoco ha estado exenta de problemas. En particular, porque el Escalafón Docente está regulado en el Decreto 1278 de 2002 y por lo tanto no es claro cómo nombrar en propiedad a los educadores indígenas que lo han solicitado por vía de la acción de tutela.

34. Así mismo, por expreso mandato de la Constitución, tampoco puede entenderse que la falta de una regulación legal puede suplirse mediante una reglamentación por vía de decretos de carácter reglamentario. (...)

35. Por lo anterior, es obvio inferir que la única diferencia a nivel legislativo entre las

comunidades negras y las indígenas está limitada a lo regulado por la Ley 70 de 1993. Sin embargo, esta ley tampoco puede entenderse como la normativa que desarrolla de manera íntegra o parcial, la relación entre el Estado y los educadores de las comunidades negras. De hecho, únicamente su artículo 42 se refiere a esta materia, y sólo 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”. Por lo tanto, tampoco puede afirmarse que la Ley 70 de 1993 regule la relación entre los docentes de las comunidades negras y el Estado. Así las cosas, mal puede sostenerse que, con fundamento en dicha norma, no exista una omisión legislativa en la materia.

36. Por el contrario, la Corte concluye que las comunidades negras se encuentran en la misma situación en que están las comunidades indígenas, en cuanto atañe a la falta de una regulación legal integral de las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan servicios en sus comunidades y territorios. Cómo ya lo sostuvo la Corte en la Sentencia C-208 de 2007, esto implica el incumplimiento del deber constitucional específico de permitirles a estas comunidades el ejercicio de su autonomía en materia educativa y de protección y promoción de su identidad cultural. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 2º del Decreto 1278 de 2002, en los mismos términos que lo hizo la sentencia cuyo precedente se reitera, esto es, la constitucionalidad será avalada siempre y cuando se entienda que el decreto no es aplicable a los docentes que prestan sus servicios a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, o en sus territorios en el ámbito de aplicación del Decreto” (negrilla fuera del texto).

Sin embargo, para no ocasionar un detrimento de los derechos de los docentes que prestan sus servicios a las mismas con base en ese decreto, difirió los efectos de la sentencia por el término de un año contado a partir de su notificación, para que el Legislador expida una ley que regule la materia de forma completa, declaró, en consecuencia, que pasado un año desde la notificación de la sentencia C-666 de 2016, el Decreto Ley 1278 de 2002 Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente” no le será aplicable a las comunidades negras.

42. Conforme con lo expuesto en precedencia, se colige que el Estado tiene el deber de permitir la participación de las comunidades negras en el desarrollo de la política de etnoeducación, obligación que se ve reflejada en el concurso de méritos para docentes etnoeducadores a través de dos instituciones, una de ellas es la Comisión Pedagógica Nacional, en tanto se encuentra integrada por dos delegados de cada departamento en los que habiten comunidades negras, entre otros miembros dentro de los que se encuentran también delegados del Gobierno, cuya función principal es diseñar en conjunto con el ICFES, el contenido de la prueba integral etnoeducativa.

A. AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL

43. Por su parte, el 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 del concurso de méritos – nombramiento en periodo 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.

44. Respecto de la naturaleza jurídica de los consejos comunitarios de las comunidades negras, 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” señala que es la figura a través de la cual las comunidades negras se convierten en personas jurídicas, por tanto, ejercen máxima autoridad de administración interna dentro del territorio de la comunidad y se encuentra conformado por dos órganos: (i) la asamblea general, -autoridad del consejo comunitario, encargada de elegir al representante legal de la persona jurídica-, y (ii) la junta del consejo comunitario.

Artículo 3º. Definición. 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.

En los términos del numeral 5º, artículo 2º de la Ley 70 de 1993, Comunidad Negra es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario. (Negrilla fuera del texto).

45. Sobre el particular, el Consejo de Estado⁶² ha sostenido que los consejos comunitarios de las comunidades negras tienen la función, entre otras, de preservar la identidad cultural de la comunidad.

Los Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras son personas jurídicas cuya creación está autorizada por el artículo 5º de la ley 70 de 1993, que tienen entre sus funciones las de administrar internamente las tierras de propiedad colectiva que se les adjudique, 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 y hacer de amigables componedores en los conflictos internos factibles de conciliación. La Junta del Consejo Comunitario de las Comunidades Negras, representa a la comunidad, lleva sus archivos y tiene funciones relativas a la organización socio-económica de la misma, (...). (Negrilla fuera del texto).

46. En este orden de ideas, la Sala puede colegir que el aval de reconocimiento cultural corresponde a un documento emitido por la máxima autoridad de administración interna de la comunidad negra, el consejo comunitario, por medio del cual certifica que el docente elegido por mérito, con su trabajo preservará la identidad cultural de esa comunidad. En consecuencia, 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.

47. Lo anterior quiere decir, que los consejos comunitarios de las comunidades negras están facultados para no otorgar el aval de reconocimiento cultural. No obstante, esa prerrogativa no es absoluta, comoquiera que su no reconocimiento debe obedecer a causales objetivas, es decir, que el elegido en el concurso de méritos no pueda preservar la identidad cultural de la comunidad afrocolombiana en la que va a ejercer como etnoeducador, pues desconoce su idioma, historia, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de esa comunidad y esos conocimientos los requiera para impartir las clases a los menores de edad de la comunidad.

Adicionalmente, es importante aclarar que en vista de que el aval de reconocimiento cultural se concede por medio de un documento suscrito por los consejos comunitarios de las comunidades negras, su no otorgamiento debe realizarse en la misma forma. Ello asegura la transparencia y publicidad de la decisión y le permite al elegible conocer las razones por las cuales le fue negado el mismo.

48. Así las cosas, al realizar una interpretación armónica 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, esta Sala de Revisión concluye que los Consejos Comunitarios tienen actualmente la facultad de otorgar o no el aval de reconocimiento cultural correspondiente, mediante una decisión que deberá ser debidamente motivada y comunicada al interesado. Así el no otorgamiento del aval de reconocimiento cultural, fundado en razones objetivas, activa a favor del consejo comunitario de la comunidad negra una cláusula de preferencia, es decir, la posibilidad de escoger dentro de la lista de elegibles un miembro de su propia comunidad, si estuviere en ella, para ser nombrado en período de prueba como etnoeducador dentro de su territorio y así continuar con la prestación del servicio de educación a los niños de la comunidad.

En este orden de ideas, dicha 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. Lo anterior, solo en caso de que la persona que aprobó las etapas del concurso de méritos, hubiese escogido como plaza vacante un territorio comunitario y no pueda acceder al aval de reconocimiento cultural, acorde con las razones objetivas expuestas por el respectivo consejo comunitario.

No obstante lo anterior, la cláusula de preferencia debe sujetarse al mérito, pues es el principio rector del acceso a la función pública⁶³ y garantiza que las personas que demuestren mejores capacidades, preparación y aptitudes generales y específicas para desempeñar un cargo lo obtengan, dejando de lado cualquier aspecto subjetivo⁶⁴. En consecuencia, con el propósito de respetar los resultados obtenidos dentro del concurso de méritos de etnoeducadores – convocatoria No. 238 de 2012 – esta Sala de Revisión considera que 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 tercero⁶⁵.

En todo caso, el aval de reconocimiento cultural no puede ser utilizado como excusa para no permitir el acceso a la educación de los niños y niñas de las comunidades afrocolombianas cuyos territorios fueron incluidos en la convocatoria No. 238 de 2012, realizada por la CNSC, para elegir docentes etnoeducadores, pues acorde con el principio del interés superior del menor previsto en distintas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, con expresa consagración en el artículo 44 de la Constitución “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; además dicho artículo prevé que el derecho a la educación tiene la condición de fundamental de los niños. Por tanto, las comunidades afrocolombianas están llamadas a garantizar la prestación del servicio de educación a los menores de edad que pertenecen a su población⁶⁶. En esa dirección, la Corte ha sostenido que es de vital importancia garantizar el derecho a la educación de los menores de edad que pertenecen a las comunidades afrodescendientes, toda vez que constituye el principal medio para salir de la pobreza y participar de manera activa dentro de sus propias comunidades y además, permite transmitir a las nuevas generaciones su cultura, conservando sus

tradiciones e impidiendo su desaparición⁶⁷.

En consecuencia, (i) de no existir causales objetivas en las que se pueda fundar el no otorgamiento del aval de reconocimiento cultural al docente de la lista de elegibles, el respectivo consejo comunitario deberá otorgar el aval de reconocimiento a ese docente, a fin de que la secretaría de educación proceda a su nombramiento en periodo de prueba. En caso de existir razones objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural (ii) el consejo comunitario podrá hacer uso de la cláusula de preferencia otorgando el aval de reconocimiento cultural conforme con la lista de elegibles, a los tres primeros miembros de la respectiva comunidad que aparezcan dentro de tal lista -según lo que ha quedado indicado más arriba-, a fin de garantizar el acceso a la educación de los niños de la comunidad, máxime si se trata de educación básica primaria⁶⁸, pues el inciso tercero del artículo 67 Superior⁶⁹ señala que la educación entre los cinco y los quince años de edad es obligatoria y en virtud de ello es una responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.

49. Resumiendo, los consejos comunitarios de las comunidades negras, en calidad de máximas autoridades de administración interna dentro del territorio de cada comunidad, están obligados a velar por la preservación de la identidad cultural de su comunidad. En razón a ello, las normas vigentes reconocen que la intervención de aquellos es decisiva al momento de elegir un educador para su comunidad. Por tanto, dotó a cada consejo comunitario de la posibilidad de examinar a los elegidos, por concurso de méritos de etnoeducadores, y certificar a través de un documento escrito, aval de reconocimiento cultural, si son aptos o no para desempeñar su labor dentro de la comunidad, es decir, si con su trabajo se preserva la identidad cultural de la comunidad negra en la que va a impartir clases. En consecuencia, la negación del aval de reconocimiento cultural no puede obedecer a una decisión caprichosa del consejo comunitario, sino a causales objetivas. Dichas causales deben encontrarse asociadas a los riesgos de desconocer el idioma, la historia, las tradiciones orales, la filosofía, la literatura, el sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de la comunidad negra.

Sin perjuicio de lo anterior, los consejos comunitarios de las comunidades negras no pueden desconocer el derecho a la educación de los niños y niñas que pertenecen a sus comunidades y negar el acceso a ese servicio, fundando su decisión en el desconocimiento de su identidad cultural para no otorgar el aval de reconocimiento cultural a un

etnoeducador, pues ello sería actuar en contravía del principio del interés superior del menor. Por consiguiente, tales consejos comunitarios están llamados a garantizar la satisfacción del derecho a la educación de los menores de edad, bien sea (i) otorgando el aval de reconocimiento cultural al etnoeducador de la lista de elegibles, cuando no existan causales objetivas que impidan la expedición del aval, u (ii) otorgando el aval de reconocimiento cultural conforme con la lista de elegibles, a los tres primeros miembros de la propia comunidad que aparezca dentro de tal lista -según lo que ha quedado indicado más arriba-, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural al elegido - cláusula de preferencia -.

G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

50. En el caso estudiado por la Sala en esta oportunidad, los problemas jurídicos a resolver consisten en determinar si la Secretaría de Educación Departamental de Nariño vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, el acceso al trabajo, los derechos docentes adquiridos, el derecho de petición y el debido proceso de la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín, al haberse negado a posesionarla en período de prueba como docente etnoeducadora, pese a que aprobó el correspondiente concurso de méritos, con fundamento en que carece del aval de reconocimiento cultural del Consejo Comunitario Sanquianga del municipio Olaya Herrera. Adicionalmente se debe establecer si el Consejo Comunitario Río Sanquianga actuó dentro del margen de su autonomía y en virtud de ello podía negar el otorgamiento del aval de reconocimiento cultural a la demandante, para que se desempeñe como etnoeducadora en la institución educativa “La Loma”.

51. Para solucionar los cuestionamientos planteados, la Sala debe verificar en primer lugar si la Secretaría de Educación Departamental de Nariño puede omitir el requisito del aval de reconocimiento cultural, a fin de proceder a nombrar en período de prueba a la señora Batioja Ferrín como etnoeducadora y en segundo lugar, tendrá que analizar si el Consejo Comunitario Río Sanquianga a través del mencionado aval puede negar el nombramiento en un cargo público, de una docente que ha participado en un concurso de méritos.

Asimismo, la Sala debe ocuparse de establecer si el derecho a la identidad cultural de la comunidad Río Sanquianga prima sobre el derecho de los menores, que hacen parte de esa comunidad, a recibir educación.

En este orden de ideas, quien se inscribe en tal tipo de concurso de antemano sabe que debe finalizar a satisfacción todas las etapas del mismo, y en vista de que el aval de reconocimiento cultural hace parte de una de las etapas del concurso de méritos para etnoeducadores, su obtención corresponde de manera exclusiva al elegido, comoquiera que el concurso de etnoeducadores para comunidades negras, raizales y palenqueras no se agota con la constitución de una lista de elegibles, puesto que las normas vigentes han previsto que se requiere la aceptación de esas comunidades en un tema tan importante como lo es la educación de los pueblos afrocolombianos.

Lo anterior, autoriza al ente territorial – Secretaría de Educación – para que ante la falta de tal requisito, no proceda a hacer el nombramiento de quien ha sido elegido en el concurso. Ello no quiere decir que la entidad territorial esté desconociendo el mérito y de esa manera creando, modificando o extinguiendo la situación jurídica del elegido, sino que su decisión se enmarca dentro de la ejecución del acto administrativo de designación como etnoeducador (lista de elegibles), toda vez que a fin de hacer efectivo el nombramiento al que tiene derecho por haber superado todas las etapas del concurso de méritos y encontrarse dentro de la lista de elegibles, debe aportar el aval de reconocimiento cultural.

53. Así las cosas, revisados en detalle los elementos probatorios obrantes en el expediente, la Sala puede colegir que la entidad demandada no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales alegados por la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín. En lugar de ello, lo que se advierte es que la entidad ha ajustado su actuación al marco legal que le impide proceder en contravía de las normas que regulan el concurso de méritos para etnoeducadores y sobre todo de la decisión del Consejo Comunitario Río Sanquianga que busca salvaguardar la identidad cultural de la comunidad negra ubicada en el municipio Olaya Herrera – Nariño.

Adicionalmente, este Tribunal no puede desconocer las actuaciones que ha adelantado la Secretaría Departamental de Educación de Nariño al nombrar en período de prueba a todas aquellas personas que se encuentran ante una situación idéntica a la de la actora, carentes de aval de reconocimiento cultural, pero respetando el estricto orden de la lista de elegibles, esto con el fin de no desconocer los derechos de cada uno de los elegidos, circunstancia que también se le ha puesto en conocimiento a la señora Batioja Ferrín.

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.

En ese sentido, la respuesta dada a la señora Batioja Ferrín por parte del mencionado consejo comunitario señala que aquella (i) no cumple con las culturas y tradiciones del territorio y (ii) se violó el derecho de consulta previa de los consejos comunitarios de Nariño y las instancias representativas de etnoeducación, toda vez que no fueron tomadas en cuenta para participar del proceso de convocatoria de etnoeducadores.

54.1. Así, en lo atinente a la no participación de los consejos comunitarios en el proceso de convocatoria de etnoeducadores, la Sala considera que tal afirmación no es cierta, toda vez que los consejos comunitarios de Nariño tuvieron la oportunidad de participar en la elección de los dos delegados por el departamento para conformar la Comisión Pedagógica Nacional – CPN –, acorde con lo previsto por el Decreto 2249 de 2005, los cuales tenían entre sus funciones asesorar el desarrollo del concurso y diseñar -en conjunto con el ICFES- la prueba integral de etnoeducación, que se recuerda es la evaluación del conocimiento general sobre la cultura negra. Además, el aval de reconocimiento cultural es una forma de participación dentro del concurso de méritos, pues le permite a cada consejo comunitario de las comunidades negras hacer parte activa de tal concurso y evaluar las aptitudes del elegible, con el propósito de dar garantía de que ese docente es apto para enseñar al interior de su comunidad.

54.2. Ahora bien, en cuanto a que la señora Batioja Ferrín no cumple con las culturas y tradiciones de la comunidad de la que hace parte el Consejo Comunitario Río Sanquianga, la Sala estima que ese es, en principio, un verdadero motivo de oposición para no otorgar el aval de reconocimiento cultural, comoquiera que el citado consejo es el órgano encargado de preservar la identidad cultural de la comunidad que representa. Sin embargo, dicho consejo

comunitario debió informarle a la señora Batioja Ferrín las razones por las cuales sus conocimientos no se ajustan a las culturas y tradiciones de la comunidad y, en ese sentido, la Sala considera que continúa la vulneración de los derechos fundamentales de petición y debido proceso de la accionante, al no tener una respuesta clara y completa sobre su carencia de aptitudes para ejercer el cargo de etnoeducadora en el municipio Olaya Herrera – Nariño. Razón por la cual, se adicionará la sentencia proferida en segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

En este orden de ideas, se ordenará al Consejo Comunitario Río Sanquianga que en un término máximo de cinco días siguientes a la notificación de la presente providencia, valore de manera precisa y detallada la posibilidad de otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín y, en caso de concluir que no procede tal decisión, le explique de forma clara, completa y por escrito, las razones por las cuales sus conocimientos o capacidades no preservan la identidad étnica cultural de la comunidad negra, en los términos explicados en la parte motiva de esta providencia.

Posteriormente, dentro de los dos días siguientes al vencimiento del término indicado anteriormente, el Consejo Comunitario Río Sanquianga deberá tomar una de las siguientes dos decisiones: (i) otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora Elvia Rosa Batioja Ferrín, en caso de no tener razones objetivas que justifiquen su negativa u (ii) otorgar el aval de reconocimiento cultural conforme con la lista de elegibles, a los tres primeros miembros de la respectiva comunidad que aparezcan dentro de tal lista -en las condiciones indicadas en el fundamento 48 de esta decisión-, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín – cláusula de preferencia –.

55. Le correspondió a la Sala Tercera de Revisión examinar el caso de una señora que se presentó para el concurso de méritos de etnoeducadores para las comunidades negras del departamento de Nariño, y a quien pese a encontrarse dentro de la lista de elegibles, le fue negado el aval de reconocimiento cultural por parte del Consejo Comunitario Río Sanquianga. Debido a ello, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño no la ha nombrado en periodo de prueba como etoeducadora del centro educativo “La Loma” en el municipio Olaya

Herrera – Nariño.

Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, la Sala observa lo siguiente:

a. Procede excepcionalmente la acción de tutela para amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores que tengan la calidad de prepensionados – aquellos a quienes les falta 3 años o menos para cumplir los requisitos, edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, para adquirir el derecho pensional – , siempre y cuando el juez lo verifique. (i) De manera transitoria si el juez de tutela advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y (ii) de manera definitiva, cuando la autoridad judicial constate que el actor se encuentra en una situación precaria generada por el retiro de su lugar de trabajo, la cual, sumada a factores como la avanzada edad y al hecho de no disponer de otra fuente de ingresos que le permita satisfacer sus necesidades básicas, tornaría ineficaz la protección de sus derechos fundamentales, en caso de decidir someterlo a un trámite ordinario que podría extenderse un tiempo considerable en su resolución final.

a. Procede excepcionalmente la acción de tutela cuando se discuten actos administrativos en el marco de un concurso de méritos de docentes etnoeducadores, luego de verificadas las condiciones particulares del caso concreto, (i) como mecanismo transitorio, para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable ante una posible pérdida de autonomía o identidad cultural del grupo étnico y (ii) como mecanismo definitivo, cuando se controvierten actos de trámite o de ejecución que vulneren derechos fundamentales, comoquiera que tales decisiones no son, en principio, susceptibles de discusión jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo.

a. La etnoeducación es una garantía constitucional y un derecho fundamental con enfoque diferencial en cabeza de las comunidades étnicas y de los individuos que hacen parte de la mismas, que consiste en el acceso a una educación de calidad, en la que, además, se

reconozca y respete la cultura, el idioma, las tradiciones y los conocimientos propios de cada una de las comunidades étnicas que conviven en el territorio nacional, a fin de conservar y transmitir su identidad cultural, y prevenir cualquier tipo de exclusión y discriminación que pueda provenir de la sociedad.

a. El Estado tiene el deber de permitir la participación de las comunidades negras en el desarrollo de la política de etnoeducación, obligación que se ve reflejada en el concurso de méritos para docentes etnoeducadores a través de dos instituciones: (i) por medio de la Comisión Pedagógica Nacional, en tanto se encuentra integrada por dos delegados de cada departamento en los que habiten comunidades negras, entre otros miembros dentro de los que se advierte también delegados del Gobierno, cuya función principal es diseñar en conjunto con el ICFES, el contenido de la prueba integral etnoeducativa⁷⁰. Y (ii) por conducto del aval de reconocimiento cultural⁷¹.

a. Esta Corporación mediante sentencia C-666 de 2016 concluyó que el Decreto Ley 1278 de 2002 “Estatuto de profesionalización docente” no les es aplicable a las comunidades negras, raizales y palenqueras, dado que no regula de manera integral las relaciones entre el Estado y los docentes que prestan sus servicios a esas comunidades, lo que implica el incumplimiento del deber constitucional específico de permitirles a esas comunidades el ejercicio de su autonomía en materia educativa y la protección de su identidad cultural. Sin embargo, para no ocasionar un detrimento de los derechos de los docentes que prestan sus servicios a las mismas con base en ese decreto, difirió los efectos de la sentencia por el término de un año, contado a partir de la notificación de esa sentencia, a fin de que el Legislador expida una ley en los términos señalados por la Corte Constitucional.

a. Los consejos comunitarios de las comunidades negras, en calidad de máximas autoridades de administración interna dentro del territorio de cada comunidad, están obligados a velar por la preservación de la identidad cultural de su comunidad. En razón a ello, las normas vigentes prevén que la intervención de aquellos es decisiva al momento de elegir un

educador para su comunidad. Por tanto, dotó a cada consejo comunitario de la posibilidad de examinar a los elegidos, por concurso de méritos de etnoeducadores, y certificar a través de un documento escrito, aval de reconocimiento cultural, si son aptos o no para desempeñar su labor dentro de la comunidad, es decir, si con su trabajo se preserva la identidad cultural de la comunidad negra en la que va a impartir clases.

a. La negación del aval de reconocimiento cultural no puede obedecer a una decisión caprichosa del consejo comunitario, sino a causales objetivas tales como desconocer el idioma, la historia, las tradiciones orales, la filosofía, la literatura, el sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de la comunidad negra en relación con las clases a impartir. 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.

Sin perjuicio de lo anterior, los consejos comunitarios de las comunidades negras no pueden desconocer el derecho a la educación de los niños y niñas que pertenecen a sus comunidades y negar el acceso a ese servicio, fundando su decisión en el no otorgamiento del aval de reconocimiento cultural, pues ello sería desconocer el principio del interés superior del menor previsto en el artículo 44 Constitucional. En consecuencia, tienen dos posibilidades (i) otorgar el aval de reconocimiento cultural al etnoeducador de la lista de elegibles, cuando no existan causales objetivas que impidan la expedición del aval, u (ii) otorgar el aval de reconocimiento cultural conforme con la lista de elegibles, a los tres primeros miembros de la respectiva comunidad que aparezcan dentro de tal lista, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural a la persona de la lista de elegibles – cláusula de preferencia–.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR sentencia proferida el 2 de noviembre de 2016, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de acuerdo con los lineamientos expuestos en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de segunda instancia proferida el 2 de noviembre de 2016, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, a fin de ORDENAR que en un término máximo de cinco días siguientes a la notificación de la presente providencia, el Consejo Comunitario Río Sanquianga valore de manera precisa y detallada la posibilidad de otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín y, en caso de concluir que no procede tal decisión, le explique de manera clara, completa y por escrito, las razones por las cuales sus conocimientos o capacidades no preservan la identidad étnica y cultural de la comunidad negra, en los términos explicados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR al Consejo Comunitario Río Sanquianga que dentro de los dos días siguientes al vencimiento del término indicado en el numeral precedente, tome una de las siguientes dos decisiones: (i) otorgue el aval de reconocimiento cultural a la señora Elvia Rosa Batioja Ferrín en caso de no tener razones objetivas que justifiquen su negativa; u (ii) otorgue el aval de reconocimiento cultural, en las condiciones establecidas en el fundamento 48 de esta providencia, a los miembros de la respectiva comunidad que se encuentran en la lista de elegibles, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín – cláusula de preferencia.

CUARTO.- ORDENAR a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño que una vez recibido el aval de reconocimiento cultural expedido por el Consejo Comunitario Río Sanquianga, conforme con las hipótesis explicadas en la parte motiva del presente proveído – numeral 54.2 – proceda a realizar el correspondiente nombramiento en periodo de prueba del respectivo etnoeducador.

QUINTO.- ORDENAR al Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia proceda a la divulgación de la misma, entre los jueces y tribunales del Departamento de Nariño. Para el efecto deberá remitir el informe que dé cuenta del cumplimiento de esta orden al juez de primera instancia

del proceso de la referencia.

SEXTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

1 Folio 1 – 15 cuaderno No. 1.

2 Folio 16 – 17 cuaderno No. 1, se advierte un certificado laboral expedido por la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco, en el que constan los contratos de prestación de servicios como docente entre los años 1997 y hasta el 2014.

3 Folio 21 – 22 cuaderno No. 1. Obra la Resolución No. 1377 del 12 de mayo de 2016, mediante la cual la Alcaldesa de Tumaco dio por terminada la vinculación provisional de la señora Batioja Ferrín.

4 Folio 204 – 206 cuaderno No. 1.

5 Folio 1 – 2 cuaderno No. 1.

7 Folio 207 – 218 cuaderno No. 1 y 60 – 65 cuaderno principal, se advierte Acta General de Audiencia Pública Escogencia de Empleo.

8 Folio 2 cuaderno No. 1. Acorde con lo manifestado por la accionante, el representante legal del consejo comunitario de ese territorio, se negó a otorgarle el aval, ya que la señora Batioja Ferrín no nació en ese lugar.

9 Folio 3 cuaderno No. 1.. Sin embargo, acorde con el oficio remitido el 21 de abril de 2017 por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, el oficio No. 2016RE1755, al que alude la accionante, corresponde a la respuesta otorgada por esa entidad a la señora María Patricia Betancourt Lara y no a la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín (folio 115 – 117 cuaderno principal).

10 Folio 36 – 39 cuaderno No. 2.

11 Folio 49 – 55 cuaderno No. 1.

12 Folio 56 – 64 cuaderno No. 1.

13 Folio 119 cuaderno No. 1.

14 Folio 226 cuaderno No. 1.

15 Folio 219 – 225 cuaderno No. 1., se advierte escrito de autorización de la CNSC dirigido a Secretario de educación del Departamento de Nariño, a fin de que realice audiencia pública de escogencia de plazas a los docentes que se les negó el aval, siempre y cuando exista más de una vacante definitiva a proveer.

16 Folio 175 – 184 cuaderno No. 1.

17 Folio 125 – 174 cuaderno No. 1.

18 El 12 de julio de 2016, el Juzgado Primero Penal del Circuito de San Andrés de Tumaco profirió sentencia de primera instancia, en el sentido de tutelar el derecho al trabajo y a la igualdad de la señora Rosa Elvia Batioja Ferrín frente a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y no tutelar el derecho a la estabilidad laboral frente a la desvinculación de la Secretaría de Educación Municipal de Tumaco. En consecuencia ordenò

a la Secretaría de Educación Departamental que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta decisión, procediera a citar a la accionante, para realizar una nueva elección de la institución educativa y efectuar el nombramiento en periodo de prueba (folio 71 – 83 cuaderno No. 1.). Posteriormente, 31 de agosto de 2016, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto declaró la nulidad de todo lo actuado, toda vez que había una indebida integración del contradictorio, pues todos los terceros interesados no estaban vinculados al proceso. En consecuencia, ordenó la notificación de la persona que ocupa el cargo de la accionante en la sede N1 Peña Colorada Primaria del municipio de Tumaco, los concursantes que ocupan la lista de elegibles de la convocatoria No. 2038 – 2012, la persona que fue nombrada en periodo de prueba en el centro educativo La Loma del municipio Olaya Herrera – Nariño y el Consejo Comunitario Río Sanquianga del mismo municipio (folio 106 – 109 cuaderno No. 1.).

19 Folio 227 – 242 cuaderno No. 1.

20 Folio 249-260 cuaderno No. 1.

21 Folio 8 – 22 cuaderno No. 2.

22 Folio 36 – 39 cuaderno No. 2.

23 Folio 16-18 cuaderno principal.

24 Ministerio de Educación Nacional.

25 Folio 34 – 90 cuaderno principal.

26 Folio 91 – 95 cuaderno principal.

27 Folio 96 – 106 cuaderno principal.

28 Folio 107 – 109 y 110 – 112 cuaderno principal.

29 Ver sentencia C-378 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esa ocasión la Corte Constitucional estudió la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 3º (parcial) del artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” y al respecto señaló: “Son tres las

hipótesis previstas por el Constituyente respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso de acciones u omisiones de particulares, a saber: a) Cuando el particular presta un servicio público; b) Cuando la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; y c) Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.” (Destaca la Sala).

30 Cabe reiterar que fue vinculado al trámite de tutela por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tumaco, el 9 de septiembre de 2016. Ver numeral 12.

31 Ver sentencias T-1013 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-584 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T- 332 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos, entre otras.

33 ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.//La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.//Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.//En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.//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.

34 T-595 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

35 Al respecto, ver el análisis de subsidiariedad realizado en las sentencias T-693 de 2015, M.P. María Victoria Calle; T-357 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-638 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-595 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

36 Ver sentencia T-090 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

37 “ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”.

38 M.P. Mauricio González Cuervo.

39 Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Auto No. 22003 del 13 de octubre de 2016.

40 Consejo de Estado – Sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Auto No. 19673 del 16 de noviembre de 2016.

41 Consejo de Estado – Sección Quinta, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia proferida el 16 de junio de 2016, dentro del proceso de acción de cumplimiento No. 05001-23-31-000-2016-00891-01.

42 Ver SU-617 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

43 Consejo de Estado – sección Cuarta, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia proferida el 3 de agosto de 2016, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 25000-23-27-000-2011-00194-01(19952).

44 Ibíd.

45 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

46 Las citas dentro del texto corresponden a la sentencia T-871 de 2013.

47 Folio 16 cuaderno principal.

48 Artículo 68.- (...) Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

49 Ver C-208 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

50 Ver T-379 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-871 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

51 Ver T-049 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

52 M.P. Carlos Gaviria Díaz, por medio de la cual se estudió la constitucionalidad del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”. Igualmente, se puede consultar la sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: “(...) aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169”.

53 Artículo 42. 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.

54 Artículo 1º.- La Educación para grupos étnicos hace parte del servicio público educativo y se sustenta en 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.

(..)

Artículo 11º.- 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, pedagógica y de articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas.//En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, se seleccionarán a los educadores para laborar en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicadas.//En las comunidades con tradición lingüística propia, el maestro debe ser bilingüe, para lo cual deberá acreditar conocimientos y manejo de la

lengua de la comunidad y del castellano.

(...)

Artículo 13º.- Los concursos para nombramientos de docentes de las comunidades negras y raizales, deben responder a los criterios previamente establecidos por las instancias de concertación de las mismas.

55 Artículo 5º.- La formación de etnoeducadores constituye un proceso permanente de construcción e intercambio de saberes que se fundamenta en la concepción de educador prevista en el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 y en los criterios definidos en los artículos 56 y 58 de la misma.

Generar y apropiar los diferentes elementos que les permitan fortalecer y dinamizar el proyecto global de vida en las comunidades de los grupos étnicos;

Identificar, diseñar y llevar a cabo investigaciones y propiciar herramientas que contribuyan a respetar y desarrollar la identidad de los grupos étnicos en donde presten sus servicios, dentro del marco de la diversidad nacional;

Profundizar en la identificación de formas pedagógicas propias y desarrollarlas a través de la práctica educativa cotidiana;

Fundamentar el conocimiento y uso permanente de la lengua vernácula de las comunidades con tradiciones lingüísticas propias, en donde vayan a desempeñarse;

Adquirir y valorar los criterios, instrumentos y medios que permitan liderar la construcción y evaluación de los proyectos educativos en las instituciones donde prestarán sus servicios.

Artículo 8º.- La Nación, en coordinación con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades de los grupos étnicos previstas en el artículo 10 de este Decreto, creará, organizará y desarrollará programas especiales de formación de etnoeducadores en aquellos departamentos y distritos en donde se encuentren localizados grupos étnicos, sin ninguna institución de educación superior o escuela normal superior que atiende este servicio.

56 Cabe destacar, que las organizaciones de base, según el artículo 20 del Decreto 2248 de

1995, son asociaciones integradas por personas de la comunidad negra.

57 ARTICULO 1o. Créase la Comisión Pedagógica Nacional que ordena el artículo 42 de la Ley 70 de 1993, adscrita al Ministerio del Interior, la cual se integrará de la siguiente manera://7. Dos (2) delegados por cada uno de los departamentos de: Chocó, Nariño, Valle del Cauca, Cauca, Antioquia y San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

ARTICULO 2o. REPRESENTANTES DE LAS COMUNIDADES NEGRAS ANTE LA COMISION PEDAGOGICA NACIONAL. Los representantes serán elegidos por las organizaciones de base de las comunidades negras ante las Comisiones Consultivas Departamentales y Regionales, quienes deberán poseer reconocimiento en experiencias organizativas y etnoeducativas en sus territorios. Esta elección se hará dentro de los treinta (30) días siguientes a la vigencia del presente decreto.

58 ARTICULO 4o. FUNCIONES DE LA COMISION PEDAGOGICA NACIONAL. La Comisión Pedagógica tendrá las siguientes funciones: 1. 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.

59 Artículo 3. Estructura del concurso. Los concursos para la provisión de cargos de docentes y directivos docentes etnoeducadores afrocolombianos y raizales del servicio educativo estatal, tendrán en su orden, las siguientes etapas: a) Convocatoria, b) Inscripción y publicación de admitidos a las pruebas, c) Prueba integral etnoeducativa, d) Publicación de resultados de la prueba integral etnoeducativa, e) Valoración de antecedentes y entrevista, g) Conformación y publicación de listas de elegibles, h) Nombramiento en período de prueba.

(...)

Artículo 9. Componentes de la Prueba Integral Etnoeducativa. Los componentes de la prueba integral etnoeducativa medirán el conocimiento de los aspirantes en los saberes básicos y específicos de dichos pueblos, concretamente en los aspectos de territorialidad, culturas locales, interculturalidad, organización social, historia, relaciones interétnicas y diálogo de saberes, así como en los principios de etnoeducación, pedagogía, derechos y legislación

etnoeducativa básica. //También se evaluarán los niveles de dominio en conocimientos o disciplina específica frente a las funciones a desarrollar por el aspirante en el ejercicio de la docencia; aptitud matemática y verbal, así como el nivel psicotécnico de interés profesional, vocación, y sentido de apropiación y reconocimiento cultural afrocolombiano y raizal. //Parágrafo: Los contenidos específicos de lo afrocolombiano y raizal de la prueba integral etnoeducativa serán diseñados en un trabajo conjunto y coordinado entre el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior y una comisión representativa de la Comisión Pedagógica Nacional conformada para este fin, de no mas de cinco (5) integrantes ni menos de tres (3), designados para períodos de dos años y que por primera vez deberá conformarse dentro de los quince (15) días siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

60 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 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

62 Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, sentencia proferida el 20 de octubre de 2005, dentro del expediente con radicado No. 27001-23-31-000-2004-00549-01(3826).

63 Ver sentencia C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

64 Ver sentencia T- 556 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

65 Ver sentencia C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

66 Ver sentencias T-466 de 2016 y T-475 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

67 Al respecto ver sentencia T-116 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

68 Acorde con la Resolución No. 3425 del 23 de julio de 2015, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, contentiva de la lista de elegibles de la convocatoria No. 238 de 2012, esa lista pretende proveer 336 vacantes de etnoeducadores, docentes de básica primaria. Ver folio 23 y 189 del cuaderno No. 1.

69 “El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad ...”.

70 Ver Decreto 2249 de 1995.

71 Ver Decreto 140 de 2006.