

Sentencia T-379/11

COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia/COMUNIDADES INDIGENAS-Legitimación por activa en los casos que reclaman protección de sus derechos fundamentales por medio de acción de tutela

Además de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que sus dirigentes y miembros gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS Y SU PROTECCION POR VIA DE TUTELA

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION DE LAS COMUNIDADES ETNICAS Y SUS INTEGRANTES-Debe respetar y desarrollar su identidad cultural

La ausencia de un régimen integral que regule el ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para grupos indígenas explica que no se haya realizado aún ningún concurso público de méritos para que ingresen definitivamente al servicio público de educación los docentes y directivos docentes necesarios para atender a la población indígena. Por el contrario, desde la expedición del Estatuto de Profesionalización Docente, se han venido realizando varios concursos de méritos para proveer definitivamente los cargos vacantes de docentes y directivos docentes para la educación de población que no se identifica como perteneciente a una etnia.

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS DEL DECRETO LEY 1278 DE 2002

Frente a esta situación, la Sala coincide con el Ministerio de Educación Nacional en el sentido de que los criterios para determinar cuáles vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 también son parte del proceso de consulta que se está adelantando. Ello porque, en últimas, estos criterios son los que fijarán el ámbito de aplicación del futuro régimen especial de ingreso, ascenso y retiro de docentes y

directivos docentes para la población indígena, régimen que debe ser objeto de consulta previa según lo dicho por esta Corte en la sentencia C-208 de 2007. Sin embargo, la Sala también es consciente de que, mientras culmina el proceso de consulta previa en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, la realización de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 no se puede detener y, por tanto, se requieren criterios al menos temporales para determinar en qué casos las vacantes deben ser excluidas de los mismos en el caso de las instituciones educativas oficiales que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia. Se considera que estos criterios temporales también deben ser determinados mediante un proceso de consulta previa a nivel departamental, municipal o distrital –según sea el departamento, el municipio o el distrito la entidad encargada de reportar los cargos de docentes o directivos docentes vacantes- con las comunidades indígenas con presencia en la entidad territorial respectiva. Lo que se justifica porque es evidente que estos criterios, aunque temporales, son una medida que les afecta directamente y que por tanto debe ser decidida a través de este mecanismo. En este orden de ideas, antes de reportar las vacantes en cargos de docentes o directivos docentes en instituciones educativas oficiales que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia, el departamento, el municipio o el distrito -según el caso- deberá convocar a una consulta previa a las comunidades indígenas con presencia en la respectiva entidad territorial con el fin de identificar criterios temporales para determinar en qué casos estas vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002. Sólo una vez hecha la consulta previa –departamental, distrital o municipal- y definidos los referidos criterios temporales, estos podrán ser aplicados para determinar cuáles de los cargos vacantes se reportarán para el concurso público de méritos. Los cargos que queden excluidos, mientras se concluye el proceso de consulta previa que se sigue actualmente en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, deberán ser provistos temporalmente, mediante nombramiento en provisionalidad, con respeto del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y el artículo 12 del decreto 804 de 1995

SENTENCIA C-208/07-Estatuto especial debe ser objeto de consulta previa

Advierte la Sala que la parte resolutive de la sentencia C-208 de 2007 pareciera restringir el régimen especial de ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para las

comunidades indígenas a los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena al indicar que se declara exequible el decreto ley 1278 de 2002, “siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias. Ello sería en principio contradictorio con lo anteriormente expresado, sin embargo, una lectura atenta de la parte motiva de la sentencia revela que el problema jurídico que se resuelve en esta oportunidad no fue abordado por la Sala Plena al emitir la sentencia C-208 de 2007. Así, toda la argumentación vertida en ese fallo se dirigió a demostrar que se incurrió una omisión legislativa relativa en el decreto ley 1278 de 2002 debido a que no se previó un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas, lo que resultaba obligatorio a la luz del derecho de éstas comunidades a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural. En este sentido, lo que concluyó la Corte en la sentencia C-208 de 2007 es que, en razón de la ausencia de ésta regulación especial, no se debe aplicar a el estatuto de profesionalización docente a los docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas, pero no razonó sobre el ámbito de aplicación que el futuro régimen especial debería tener ni sobre los criterios temporales a tener en cuenta al excluir los cargos de docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002. Antes bien, lo que determinó Corte en la sentencia C-208 de 2007 es que ese estatuto especial debe ser objeto de consulta previa, punto que precisamente se reitera en la presente sentencia.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS- Vulnerado por parte del Municipio

Encuentra la Sala que se presentó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Quillasinga por parte del Municipio de Pasto pues la aplicación de los criterios a los que se ha hecho referencia es, indudablemente, una medida administrativa que afecta directamente a la Comunidad Indígena Quillasinga y, en ese sentido, no debió haber sido adoptada unilateralmente por el demandado sin antes surtir un

proceso de consulta. Esta afectación tiene carácter directo ya que, según las pruebas recabadas por el despacho, aproximadamente el 29% de los estudiantes matriculados en el mencionado establecimiento educativo pertenecen a la comunidad indígena Quillasinga, porcentaje que si bien no constituye la mayoría representa una porción importante de la población estudiantil. Lo dicho no se desvirtúa por la discusión existente en torno a si la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes se encuentran o no en el territorio indígena del Resguardo Indígena Quillasinga "Refugio del Sol" pues, como se expresó, al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente y de manera significativa a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio

ORDEN DE REUBICACION DE DOCENTES

Lo anterior, a juicio de la Sala, no conlleva al reintegro automático de los docentes desvinculados porque, como manifiesta el demandado, la Sala debe tener en cuenta que la orden de reintegro automático de los docentes desvinculados afecta los derechos de los docentes que, por haber superado el concurso público de méritos, fueron nombrados en propiedad en los cargos vacantes en la IEM El Encano. No se puede desconocer que estas personas se inscribieron al concurso de méritos con la expectativa legítima de que, en caso de superar todas sus etapas, serían nombrados en propiedad en los cargos vacantes como en efecto sucedió

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO CONTRA DECRETO MEDIANTE EL CUAL FUE DESVINCULADA LA DOCENTE

En lo que respecta al estudio de procedibilidad la Sala coincide con la decisión tomada por los jueces de instancia en el sentido de que la peticionaria cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el decreto mediante el cual fue desvinculada lo que hace improcedente la acción de tutela interpuesta ya que por la vía judicial ordinaria podrá atacar la legalidad del acto administrativo que la desvinculó y obtener su reintegro, que es precisamente lo que busca con el amparo solicitado. Allí podrá discutir la accionante si el decreto que la desvinculó desconoció el decreto 3905 del 2009 en el cual se excluyó de los procesos de concurso de méritos a las personas que según la ley 790 del 2002 son pre pensionados lo que, a su juicio, debe aplicarse también a las madres cabeza de familia,

calidad que afirma tener. Adicionalmente, no encuentra la Sala ninguna razón para sostener que la vía judicial ordinaria sería ineficaz en este caso ni demuestra la petente algún perjuicio irremediable que autorice a conceder el amparo aunque sea de forma transitoria.

La consulta previa con los grupos étnicos es un mecanismo que busca la preservación de esas comunidades diferenciadas y de su identidad como minoría étnica y cultural a través de su participación en las decisiones que las afectan. Esta participación, además de dar legitimidad democrática a las decisiones, asegura que en la implementación de las políticas públicas se tome en cuenta el punto de vista de las comunidades étnicas respecto de la afectación que podrían tener en su identidad cultural, lo que parte de la base de que las propias comunidades son las que están en la mejor posición para defender sus intereses. Esta argumentación excluye de plano la posibilidad de que la Sala revoque los acuerdos hechos con las autoridades locales por las comunidades indígenas pues equivaldría a negarles su autonomía y capacidad de decisión tal como se hacía antes de la Constitución de 1991 cuando se les trataba como menores de edad.

Referencia: expedientes T-2.817.423 y T-2.922.870 acumulados

Acciones de tutela instauradas por Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, en representación del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, contra el Municipio de Pasto y la Secretaría de Educación Municipal de Pasto; y Diva Lucía Zúñiga Samboní contra el Departamento del Cauca y la Secretaría de Educación Departamental del Cauca

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil once (2011)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Quinto Civil Municipal de San Juan de Pasto y el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, en primera y segunda instancia respectivamente, en la acción de tutela instaurada por Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, en representación del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, contra el Municipio de Pasto y la Secretaría de Educación Municipal de Pasto. Así como de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán, en primera y segunda instancia respectivamente, en la acción de tutela instaurada por Diva Lucía Zúñiga Samboní contra el Departamento del Cauca y la Secretaría de Educación Departamental del Cauca.

I. ANTECEDENTES

EXPEDIENTE T-2.817.423

El pasado diez (10) de junio de dos mil diez (2010) Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, Gobernador¹ del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”², interpuso acción de tutela en representación del mencionado resguardo solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural, los cuales, en su opinión, están siendo vulnerados por el Municipio de Pasto y su Secretaría de Educación Municipal.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- La Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo 065 del veinticinco (25) de marzo de 2009, convocó a un concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de docentes y directivos docentes de instituciones educativas oficiales del Municipio de San Juan de Pasto (Convocatoria No. 093 de 2009)³.

2.- La Institución Educativa Municipal (IEM) El Encano es una institución educativa oficial del municipio de Pasto que, según el actor, está “asentada en territorio indígena”⁴. En sus diferentes sedes se encuentran matriculados trescientos (300) estudiantes que pertenecen a la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, lo que equivale al treinta por ciento

(30%) de la población estudiantil, según certificación expedida por las Autoridades Tradicionales del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” el cinco (5) de junio de dos mil diez (2010)⁵.

3.- A raíz de la convocatoria al concurso de méritos mencionado, el actor, en su calidad de Gobernador del Resguardo, el dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010), solicitó a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto “adelantar las gestiones necesarias para la contratación” de varios docentes pertenecientes a la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol” en la IEM El Encano, los cuales, hasta ese momento, se encontraban vinculados en calidad de provisionales.

Su petición se fundamentó en que “(...) la constitución nacional establece que los departamentos, los municipios y los resguardos indígenas son entidades territoriales, de esta manera el Resguardo Quillasinga tiene autonomía política, administrativa judicial dentro de su territorio, en la parte educativa el ministerio de educación nacional a (sic) dispuesto que en los territorios indígenas no aplica el Decreto 2355 para estas poblaciones, por otra la Directiva No. 001 emitida por el Ministerio de Educación el 3 de febrero de 2010 establece que las secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas deberán concertar la contratación del servicio educativo con los cabildos, autoridades tradicionales indígenas...de igual forma los decretos 1806 y 806 donde se establece (sic) disposiciones para los resguardos indígenas en la parte educativa”. Por ello, indicó el Gobernador, se había acordado con la Directora de la IEM El Encano “una selección de docentes vinculados con los procesos educativos que garanticen el mejoramiento de la calidad educativa y continuidad del Proyecto Educativo (...)”⁶.

4.- El cinco (5) de abril de dos mil diez (2010) la Secretaría de Educación Municipal de Pasto respondió negativamente a la solicitud del Gobernador ya que “en la actualidad (...) cuenta con el personal docente y administrativo suficientes, idóneo y competitivo para atender la prestación del servicio educativo que requiere la Comunidad del Resguardo Indígena Quillasinga Refugio del Sol de El Encano, tal como el que trabaja actualmente en la IEM El Encano; siendo imposible atender la posibilidad de contratar a personal diferente del perteneciente a su planta global, o hacerlo a través de contrato con oferentes”⁷.

5.- Como consecuencia de la realización del concurso de méritos mencionado, el treinta (30)

de abril de dos mil diez (2010) mediante el Decreto 0203 de la Alcaldía de Pasto⁸ fueron desvinculados, por su condición de provisionales, los profesores William Armando Alpala Portillo (Educación Física), Omaira Nathaly Noguera Narváez (Ciencias Naturales), Ligia Margarita Ortega Jojoa (Ciencias Naturales) y Cecilia del Carmen Bacca López (Primaria)⁹, quienes pertenecen a la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol”¹⁰ y hacían parte de la lista remitida por el Gobernador del Resguardo a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto¹¹. En su reemplazo fueron nombrados los ganadores del concurso de méritos¹².

6.- El peticionario estima que la desvinculación de los referidos docentes vulneró el derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol” ya que, al ser una medida que afecta de forma directa a sus miembros, les ha debido ser consultada¹³.

7.- Agrega que esta decisión viola el derecho de la comunidad indígena a “la educación propia, de acuerdo a nuestros usos y costumbres, mediante la enseñanza a través de docentes indígenas y que cuentan con el aval del Resguardo, quienes tienen conocimiento de dichos usos y costumbres por ser indígenas y ser parte de nuestra comunidad” ¹⁴. Concretamente, el Gobernador adjunta a su solicitud de tutela certificaciones expedidas por las Autoridades del Cabildo Indígena Quillasinga en las que consta que los docentes desvinculados se encontraban, a cinco (5) de junio del dos mil diez (2010), participando en “el Diplomado de Pensamiento Indígena y Educación Propia capacitación a líderes indígenas, docentes y comunidad en general buscando el fortalecimiento de los procesos de pensamiento, educación e identidad de los pueblos Quillasingas”¹⁵.

8.- Concluye que “la Administración Municipal debía realizar la vinculación de los docentes indígenas que se hallaban prestando su servicio en calidad de provisionales, de acuerdo a lo establecido en la ley a este respecto, previa concertación con la Autoridad del Resguardo Indígena (...) hasta tanto se realizara el concurso especial de que trata la ley, el cual además se debe implementar con la participación de docentes que hagan parte de la misma comunidad indígena, como es el caso de los docentes mencionados, o que cuenten con el aval del Resguardo, disposición que hasta el momento no se ha materializado en ninguna región del país” ¹⁶.

En su apoyo cita “la Directiva Ministerial 0013 de 16 de junio de 2006 expedida por el Ministerio de Educación Nacional dirigida a todas las autoridades como Gobernadores,

Alcaldes y Secretarios de Educación, que el proceso de concertación con la población indígena continúa y que por lo tanto no podrán desvincularse los docentes nombrados en provisionalidad para ser reemplazados por los aspirantes que superaron las pruebas de los concursos que no fueron destinados a la atención de población indígena; como consecuencia de lo anterior se dispuso que se deben mantener en los cargos a los docentes que se encuentran trabajando en provisionalidad en las instituciones ubicadas en territorio indígena y mantener la reserva de vacantes hasta tanto se realice el proceso de concurso especial que regula el ingreso de estos etnoeducadores al servicio educativo estatal”17.

Solicitud de Tutela

9.- Con fundamento en los hechos narrados, el Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” exigió la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de la comunidad indígena que representa, los cuales, a su juicio, están siendo vulnerados por los demandados al desvincular a varios docentes pertenecientes a su comunidad, quienes se encontraban en calidad de provisionales en la IEM El Encano del Municipio de Pasto, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos.

Solicitó entonces que se ordene a los demandados que “realicen el nombramiento de los docentes sugeridos y reconocidos y avalados por el Resguardo Indígena Quillasinga Refugio del Sol Territorio del Encano - Municipio de Pasto, teniendo en cuenta a los señores docentes William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega, Nathaly Noguera y Cecilia del Carmen Bacca López, quienes se encuentran plenamente avalados por el Resguardo y tienen conocimiento de los usos y costumbres del mismo, en las condiciones que establece la ley actualmente, hasta tanto se realice el concurso especial para comunidades indígenas y raizales de acuerdo a los lineamientos legales ya anunciados”18.

Actuaciones surtidas en primera instancia

10.- Por medio de auto del diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010), el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto resolvió que decretar, entre otras, las siguientes pruebas:

(i) Oficiar a la rectora de la IEM El Encano para que certifique “el total de alumnos de sus institución y entre ellos, quienes pertenecen al Resguardo “Refugio del Sol”19. Este informe

nunca fue remitido.

(ii) Oficiar al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER- para que “certifique si dentro de los predios constituidos a la comunidad indígena Quillacinga (sic) Refugio del Sol se ubica la Institución Educativa Municipal El Encano” 20. La Directora Técnica de Asuntos Étnicos del INCODER respondió que “no se puede determinar si dentro de los predios (...) con los cuales se constituyó el Resguardo Indígena, se ubica o no la Institución Educativa Municipal El Encano. Para poder determinar con exactitud la ubicación de esta institución sería necesario tener las coordenadas con la ubicación del mencionado establecimiento educativo para realizar la verificación en el Sistema de Información Geográfica”21.

11.- Además, en el mismo auto, el juez de primer grado estimó que era necesario vincular a la tutela de la referencia a los docentes desvinculados -William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega, Nathaly Noguera y Cecilia del Carmen Bacca López- y a los nombrados en su reemplazo.

Respuesta de la entidad demandada

12.- La Secretaría de Educación Municipal de Pasto respondió a la acción de tutela de la referencia el veintidós (22) de junio de dos mil diez (2010).

Sostuvo, en primer lugar, que la acción de tutela impetrada por el Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” es improcedente pues los docentes desvinculados cuentan con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para atacar la legalidad del acto que los retiró del servicio.

En segundo lugar, respecto del fondo del asunto, indicó que los docentes Ligia Margarita Ortega Jojoa, Omaira Nathaly Noguera Narvárez, William Armando Alpala Portilla y Cecilia del Carmen Bacca López fueron vinculados a la Planta Global de Personal del Sector Educativo del Municipio en calidad de provisionales hasta tanto se proveyeran sus cargos en periodo de prueba o en propiedad por la realización del respectivo concurso de méritos22. Por lo tanto, una finalizado el concurso de méritos iniciado a raíz de la Convocatoria 093 de 2009 (Acuerdo 065 de 2009 de la Comisión Nacional del Servicio Civil), se decretó su retiro del servicio, debidamente motivado, mediante el decreto número 0203 del treinta (30) de abril de dos mil diez (2010); desvinculación que surte efectos a partir de la fecha en que efectivamente

tomen posesión en periodo de prueba los docentes elegidos²³.

Adicionalmente señaló que “el Decreto 3982 del 11 de noviembre de 2006, se aplica a los concursos de méritos para seleccionar docentes y directivos docentes para proveer los cargos de la planta de cargos del servicio educativo estatal administrado por las entidades territoriales certificadas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley 1278 de 2002, y en su Parágrafo establece que los concursos para la provisión de etnoeducadores necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas (...) o que atiendan mayoritariamente a estas poblaciones o que tienen proyectos etnoeducativos indígenas (...) se regirán por las normas especiales expedidas para el efecto por el Gobierno Nacional”. Al tener en cuenta lo anterior, indicó que “hasta la fecha no se ha convocado por parte del Municipio de Pasto concurso para proveer cargos docentes o directivos docentes para etnoeducadores ya que no se ha presentado esta situación, obsérvese que el decreto 3982 de 2006 dispone que los establecimientos educativos estatales para tener la señalada condición deben atender mayoritariamente a estas poblaciones, siendo la ley quien señala los pasos y procedimientos para designar a los docentes previo concurso de méritos, por tanto no procede el supuesto acuerdo de voluntades entre la institución con la comunidad indígena, concertación o la consulta previa, o a gusto de la máxima autoridad del cabildo, menos que necesariamente deban pertenecer al resguardo donde se pretenda vincular”²⁴.

También estimó que no se pueden desconocer los derechos de los docentes que fueron nombrados como consecuencia del concurso de méritos realizado pues ello “constituiría una flagrante violación de sus derechos fundamentales”²⁵.

En tercer lugar la Secretaría hizo las siguientes aclaraciones respecto de los hechos objeto de la tutela de la referencia:

(i) Según certificación fechada el tres (3) de mayo de dos mil diez (2010) proveniente de la Subsecretaria de Cobertura de la Secretaría de Educación Municipal de Pasto en la IEM El Encano se encuentran matriculados ciento treinta y seis (136) estudiantes pertenecientes a la comunidad indígena Quillasinga, lo que equivale al 14.85% de la población estudiantil que asciende a novecientos trece (913) alumnos²⁶.

(ii) Según certificación de la Coordinación de Recursos Humanos de la Secretaría de

Educación Municipal del Pasto, del veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010), los docentes desvinculados fueron reemplazados por los ganadores del concurso de méritos antes referido, así:

* William Armando Alpala Portillo fue reemplazado por Ricardo Ernesto Calvachi Obando en la asignatura de Educación Física.

* Ligia Margarita Ortega fue reemplazada por Guido Olimpo Zambrano Gómez en la materia de Ciencias Naturales y Química.

* Omaira Nathaly Noguera Narvárez fue reemplazada por Adriana Achicanoy Martínez en el área de Ciencias Naturales y Educación Ambiental.

(iii) La docente Cecilia del Carmen Bacca López continuaba laborando ya que el docente nombrado por concurso de méritos no había tomado, hasta la fecha, posesión del cargo²⁷.

Respuestas de las personas vinculadas en primera instancia al proceso de tutela

13.- El veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010) los docentes Ligia Margarita Ortega Jojoa, Omaira Nathaly Noguera Narvárez, William Armando Alpala Portilla y Cecilia del Carmen Bacca López -desvinculados como consecuencia de la provisión de sus cargos mediante concurso de méritos- manifestaron que “han desempeñado su labor docente teniendo en cuenta los usos y costumbres del Resguardo, en las áreas de su especialidad (...) y enfocando su enseñanza a la conservación de las tradiciones de la comunidad indígena, enfocando esta labor fundamentalmente a los estudiantes indígenas”²⁸.

Adicionalmente, la profesora Ligia Margarita Ortega anexó una certificación del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” en la cual consta que “se encuentra laborando en nuestra comunidad en el Proyecto denominado Formulación del Plan de Vida del Pueblo Quillasinga (...) en convenio con la Gobernación de Nariño. Las funciones que desempeña están relacionadas con la educación propia del pueblo Quillasinga. Al igual que el acompañamiento a las autoridades mayores del cabildo en la asesoría de los procesos y proyectos etnoeducativos”²⁹.

14.- El veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010) la docente Adriana del Pilar Achicanoy Martínez -quien reemplazó a Omaira Nathaly Noguera Narváez- indicó que, de conformidad con el artículo 7 de la ley 715 de 2001, el Municipio de Pasto es autónomo para administrar las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos con sujeción a la planta de cargos adoptada de conformidad con la ley, razón por la cual, a juicio, “no tiene obligación alguna de consultar a la autoridad del resguardo en relación al nombramiento de los Docentes que ganaron este concurso (...) De manera que la actuación desempeñada por la Administración Municipal del Pasto, va de acuerdo a la Ley y a la Constitución Política”³⁰.

15.- El veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010), los docentes Guido Olimpo Zambrano Gómez y Ricardo Ernesto Calvachi Obando -quienes reemplazaron a Ligia Margarita Ortega y a William Armando Alpala Portillo respectivamente- manifestaron que “no ha sido la comunidad del cabildo indígena Refugio del Sol del Corregimiento del Encano, ni el favor clientelista de algún puesto administrativo quien me otorgara el cargo que desempeño. Simplemente me encuentro ejerciendo mi derecho laboral en el cargo de docente (...) en la IEM El Encano, dentro de los lineamientos legales que la Comisión Nacional del Servicio Civil de la República de Colombia y en su nombre la Secretaría de Educación requieren para tal efecto”³¹.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

16.- El treinta (30) de junio de dos mil diez (2010) el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pasto decidió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia. Consideró que “no es la tutela el medio idóneo para remediar esta inconformidad, ya que al juez constitucional no le es dable ordenar al Secretario de Educación que proceda al nombramiento de un ciudadano en el escalafón docente, omitiendo el proceso de selección por mérito que la misma ley ha previsto para designar a quienes deben ocupar un cargo público. Bajo ese entendido la controversia jurídica escapa al conocimiento de la jurisdicción constitucional de tutela, pues por no tratarse de un asunto que involucre un control constitucional sino legal, y porque para su definición existen otros medios judiciales de defensa, como es la acción de nulidad y

restablecimiento del derecho (...)”32.

Estimó así mismo que, al tener en cuenta que los docentes que ganaron el concurso de méritos se encuentran laborando en la IEM El Encano, los estudiantes “no han sido afectados por la decisiones tomadas por la entidad accionada, sin que se les haya vulnerado el derecho a la educación que es lo que realmente se debe proteger por encima de la supuesta afectación a la comunidad indígena, más aún [si] la mayoría de la población estudiantil no pertenece a ella. Ahora, si bien como lo señala el actor los docentes nombrados no podrían brindar una educación según sus creencias, tradiciones y costumbres, es menester recordar que la educación pública está encaminada no solo al aprendizaje sino a la formación de los estudiantes, la cual no solo es responsabilidad del estado sino del conglomerado social y más aún, de la comunidad que lo rodea”33.

Impugnación

17.- El siete (7) de julio de dos mil diez (2010) el actor impugnó el fallo de primera instancia con base en los siguientes argumentos.

En primer lugar aseguró que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “sería procedente en el evento de que los docentes procedieran a demandar individualmente los actos administrativos que consideraran vulneran sus derechos. Pero de lo que se trata no es de la demanda de dichos actos, sino de la protección que se invoca del derecho fundamental de participación y consulta previa de las comunidades indígenas, que en este caso específico comportaba la consulta que la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, debía realizar acerca del nombramiento de docentes propios de la comunidad (...)”34.

En segundo lugar arguyó que la decisión atacada “se centra en el análisis respecto del derecho a la educación y se orienta específicamente al derecho a la educación que tiene la población no indígena que se encuentra en la Institución Educativa Municipal El Encano” lo cual “denota un trato discriminatorio frente a la comunidad indígena estudiantil que se encuentra tomando sus clases en la Institución Educativa Municipal El Encano ya que, en criterio del fallador, al tratarse sólo de una minoría debería someterse entonces al trato que se le da a los demás estudiantes que no pertenecen a la Comunidad Indígena, en cuanto a la enseñanza, sin tener en cuenta los usos y costumbres de nuestra comunidad, lo cual es evidentemente violatorio del derecho a la igualdad (...)”35.

Sentencia de segunda instancia

18.- El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto resolvió, el diez (10) de agosto de dos mil diez (2010), confirmar el fallo de primer grado.

Consideró que de las normas vigentes –artículo 62 de la ley 115 de 1994, decreto 804 de 1995 y decreto 3982 de 2006- “se deduce que los cargos de etnoeducadores deberán proveerse con un concurso especial, que aún hoy no se ha previsto ni regulado por la ley, por lo cual y hasta tanto no se reglamente o regule dicho concurso especial, no hay lugar a efectuar nombramientos definitivos; pero debe quedar claro que ello procede en la medida en que se trate de colegios etnoeducativos o al menos en los cuales la población indígena sea mayoritaria; o bien se encuentren ubicados en territorios indígenas; o, manejen proyectos etnoeducativos. Nada de lo cual se cumple en este caso (...)”³⁶. Así mismo dijo que “lo anterior no viola el derecho a la igualdad, pues el legislador, dentro de su soberanía de configuración legislativa, es el que dispuso los casos en que frente a procesos educativos, procede la concertación previa”³⁷.

Aseguró que “la etnoeducación es un concepto integral que no se realiza tan sólo con concertar unos nombramientos, es una educación propia, que debe respetar costumbres y lenguas nativas, con un pensum especial, que aquí no se demostró que exista en la Institución Educativa Municipal El Encano y que mal podría existir si (...) el mismo no es un colegio indígena”³⁸. En este sentido, estimó que la inexistencia de un proyecto etnoeducativo lleva a la conclusión de que “tanto los profesores retirados como los últimamente nombrados, impartían un mismo tipo de educación, con un mismo pensum (...)”³⁹, lo cual descarta la violación del derecho a la educación propia de la comunidad indígena involucrada.

Por último coincidió con el juez de primer grado en la existencia de otra vía judicial de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa⁴⁰.

Pruebas solicitadas en el trámite de revisión

19.- Por medio de auto del veinticuatro (24) de febrero de 2011 el Magistrado Sustanciador solicitó las siguientes pruebas:

“PRIMERO.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite al Ministerio de Educación Nacional –Subdirección de Fomento de Competencia-Grupo Etnoeducación- que, en el término de quince (15) días calendario contados a partir de la notificación del presente Auto, remita a esta Despacho respuesta al siguiente cuestionario, adjuntando en medio magnético y físico, todas las leyes, decretos, resoluciones, directivas, circulares o documentos que la soporten:

(i) ¿El Ministerio de Educación Nacional, en cumplimiento del artículo 58 de la ley 115 de 1994 y el artículo 8 del decreto 804 de 1995, ha ofrecido o tiene conocimiento de programas de formación de etnoeducadores en el Municipio de Pasto?

(ii) En caso de que la respuesta a (i) sea afirmativa, ¿Los miembros de la Comunidad Indígena Quillasinga “Refugio del Sol se han beneficiado de los mismos?

(iii) De conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 del decreto 3982 de 2006, para efectos del concurso de meritos para la carrera docente “La determinación de las vacantes definitivas, incluyendo los cargos provistos mediante nombramientos provisionales, deberá identificar los cargos de docentes y directivos docentes necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas (...) que atienden estas poblaciones, los cuales serán provistos mediante concurso especial”.

¿Qué criterios ha establecido el Ministerio de Educación Nacional para que las entidades territoriales determinen las vacantes que se deben reservar en virtud de la norma citada? En otras palabras, las vacantes que se deben reservar según la disposición transcrita son a) aquellas necesarias para los establecimientos educativos ubicados en territorios indígenas, b) aquellas necesarias para los establecimientos educativos que atienden población indígena, c) aquellas necesarias para los establecimientos educativos que atienden mayoritariamente población indígena y/o d) aquellas necesarias para los establecimientos educativos que tienen proyectos etnoeducativos.

(iv) ¿Los criterios del numeral (iii) han sido consultados con las comunidades indígenas?

(v) ¿Se han expedido normas que regulen el concurso de méritos para la carrera docente de los etnoeducadores o de los docentes indígenas?

(vi) En caso de que la respuesta a (v) sea afirmativa, ¿Estas normas han sido consultadas con las comunidades indígenas?

SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite al Municipio de Pasto y a su Secretaría de Educación Municipal que, en el término de quince (15) días calendario contados a partir de la notificación del presente Auto, remitan a esta Despacho respuesta al siguiente cuestionario, adjuntando en medio magnético y físico, todas las leyes, decretos, resoluciones, directivas, circulares o documentos que la soporten:

(i) ¿Cuál es el número de alumnos del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” que asisten actualmente a la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes y el porcentaje que representan respecto del total de la población estudiantil?

(ii) ¿La Institución Educativa Municipal El Encano y/o sus sedes están ubicadas en el territorio del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”?

(iii) ¿En el Municipio de Pasto existen Instituciones de Educación Superior que ofrezcan programas de pregrado en educación o escuelas normales superiores que ofrezcan componentes de formación específica en etnoeducación?

(v) En caso de que la respuesta a (i) sea afirmativa, ¿Los miembros de la Comunidad Indígena Quillasinga “Refugio del Sol se han beneficiado de los mismos?

(vi) De conformidad con el parágrafo 1 del artículo 4 del decreto 3982 de 2006, para efectos del concurso de meritos para la carrera docente “La determinación de las vacantes definitivas, incluyendo los cargos provistos mediante nombramientos provisionales, deberá identificar los cargos de docentes y directivos docentes necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas (...) que atienden estas poblaciones, los cuales serán provistos mediante concurso especial”.

¿Qué criterios ha utilizado el Municipio de Pasto y su Secretaría de Educación Municipal para determinar las vacantes que se deben reservar en virtud de la norma citada? En otras palabras, las vacantes que se han debido reservar según la disposición transcrita han sido a) aquellas necesarias para los establecimientos educativos ubicados en territorios indígenas, b) aquellas necesarias para los establecimientos educativos que atienden población indígena, c)

aquellas necesarias para los establecimientos educativos que atienden mayoritariamente población indígena y/o d) aquellas necesarias para los establecimientos educativos que tienen proyectos etnoeducativos.

(vii) En cumplimiento del artículo 3 del decreto 804 de 1995 ¿existe en el Plan de Desarrollo Educativo del Municipio de Pasto una propuesta de etnoeducación para atender a la población indígena?

(viii) ¿La Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes tienen un proyecto etnoeducativo? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿en que consiste tal proyecto?

TERCERO.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite a la Secretaría de Planeación del Municipio de Pasto que, en el término de quince (15) días calendario contados a partir de la notificación del presente Auto, certifiquen a este Despacho si, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, la Institución Educativa Municipal El Encano y/o sus sedes están ubicadas en el territorio del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol.

CUARTO.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite a la Rectora de la Institución Educativa Municipal El Encano que, en el término de quince (15) días calendario contados a partir de la notificación del presente Auto, remita a esta Despacho respuesta al siguiente cuestionario, adjuntando en medio magnético y físico, todas las leyes, decretos, resoluciones, directivas, circulares o documentos que la soporten:

(i) ¿Cuál es el número de alumnos del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” que asisten actualmente a la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes y el porcentaje que representan respecto del total de la población estudiantil?

(ii) ¿La Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes tienen un proyecto etnoeducativo? En caso de ser afirmativa la respuesta, ¿en que consiste tal proyecto?

QUINTO.- ORDENAR que por Secretaría General se solicite a William Armando Alpala Portillo, Omaira Nathaly Noguera Narváez, Ligia Margarita Ortega Jojoa y Cecilia del Carmen Bacca López que, en el término de quince (15) días calendario contados a partir de la notificación del presente Auto, remitan a este Despacho los títulos que los acreditan como docentes en sus respectivas áreas y aquéllos relativos a su formación en etnoeducación, si es que los

tienen.

20.- El diez (10) de marzo de dos mil once (2011) el Ministerio de Educación Nacional dio respuesta al cuestionario enviado por el Despacho⁴¹.

Frente a la primera pregunta -¿El Ministerio de Educación Nacional, en cumplimiento del artículo 58 de la ley 115 de 1994 y el artículo 8 del decreto 804 de 1995, ha ofrecido o tiene conocimiento de programas de formación de etnoeducadores en el Municipio de Pasto?- respondió que “el MEN no ha ofrecido programas de formación de etnoeducadores de forma directa y no tiene conocimiento de programas de formación de etnoeducadores en el Municipio de Pasto”. Agregó que “el artículo 7 de decreto 709 de 1996 faculta a las universidades y escuelas normales superiores para el desarrollo de programas de formación de educadores en coordinación con el ente territorial”.

En lo que toca con la tercera pregunta - ¿Qué criterios ha establecido el Ministerio de Educación Nacional para que las entidades territoriales determinen las vacantes que se deben reservar en virtud del parágrafo 1 del artículo 4 del decreto 3982 de 2006?- respondió que “los etnoeducadores están exentos de la aplicación de Decreto Ley 1278 de 2002 y su decreto reglamentario 3982 de 2006; debido a que la Corte Constitucional mediante sentencia C-208 de 2007 decidió que el decreto 1278 de 2002 (Estatuto Docente) no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. Por lo tanto, el parágrafo 1 del artículo 4 del decreto 3982 de 2006 es una alerta a las entidades territoriales mientras se dé (sic) cumplimiento a la sentencia y se establezca el Estatuto Docente de Régimen Especial para Etnoeducadores”. Añadió que “la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas creada por el decreto 2406 de 2007, es la instancia que en coordinación con el MEN establecerá los criterios, para que las entidades territoriales determinen las vacantes de etnoeducadores que atienden estudiantes indígenas, en el marco de la consulta previa ordenada por la ley 21 de 1991 y el decreto 1397 de 1996”.

Finalmente, respecto de la quinta pregunta -¿Se han expedido normas que regulen el concurso de méritos para la carrera docente de los etnoeducadores o de los docentes

indígenas?- respondió que, debido a que el proceso de consulta que se está llevando a cabo en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas no ha concluido, “no se han expedido normas para regular el concurso de méritos de etnoeducadores que atienden población indígena”.

21.- El once (11) de abril de 2011 el Municipio de Pasto contestó el cuestionario enviado por el Despacho de la siguiente forma⁴²:

Frente a la primera pregunta -¿Cuál es el número de alumnos del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” que asisten actualmente a la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes y el porcentaje que representan respecto del total de la población estudiantil?- respondió que, de conformidad con el informe en enviado por la Subsecretaría de Cobertura de la Secretaria de Educación Municipal, “con corte a 17 de marzo de 2011 se encuentran registrados novecientos sesenta y uno (sic) (961) estudiantes en la Institución Educativa Municipal El Encano y de los cuales aparecen registrados en la etnia Quillasinga, en el resguardo Refugio del Sol, doscientos ochenta y un (281) estudiantes, correspondiendo porcentualmente a un 29.24% respecto de la población estudiantil mencionada”.

Indicó respecto de la segunda pregunta -¿La Institución Educativa Municipal El Encano y/o sus sedes están ubicadas en el territorio del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol?- que, revisado el acuerdo 200 del 14 de diciembre de 2009 del INCODER, por medio del cual se constituyó el resguardo Refugio del Sol, “en la determinación de los predios no se relacionan veredas que permita determinarse (sic) alguna de las sedes de la IEM El encano se encuentre (sic) dentro de ese territorio”. Por lo tanto, “se procederá a oficiar al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) (...) en la intención de obtener respuesta y darle viabilidad al interrogante planteado”.

En lo relativo a la tercera pregunta -¿En el Municipio de Pasto existen Instituciones de Educación Superior que ofrezcan programas de pregrado en educación o escuelas normales superiores que ofrezcan componentes de formación específica en etnoeducación?- respondió que “existe la Escuela Normal Superior de Pasto [en la cual] en la formación complementaria (grado 12 y 13) en el desarrollo de los núcleos se forma a los estudiantes en la atención a las poblaciones étnicas mediante la implementación y desarrollo de los módulos flexibles”. Agregó que existen en Pasto seis Instituciones de Educación Superior que ofrecen

licenciaturas pero no conoce si en ellas se incluyen componentes de formación específica en etnoeducación.

En lo relacionado con la cuarta pregunta -¿El Municipio de Pasto y su Secretaria de Educación Municipal, en cumplimiento del artículo 58 de la ley 115 de 1994 y el artículo 8 del decreto 804 de 1995, han ofrecido programas de formación de etnoeducadores?- informó que “el Municipio de Pasto no tiene en el momento un programa de formación a etnoeducadores”.

En lo que toca con la sexta pregunta -¿Qué criterios ha utilizado el Municipio de Pasto y su Secretaría de Educación Municipal para determinar las vacantes que se deben reservar en virtud del parágrafo 1 del artículo 4 del decreto 3982 de 2006?- respondió que en la “(...) IEM El Encano, no se atiende mayoritariamente población indígena y tampoco desarrolla proyectos Etnoeducativo (sic) razones por las cuales no se reservó (sic) vacantes (...)”.

Frente a la séptima pregunta -En cumplimiento del artículo 3 del decreto 804 de 1995 ¿existe en el Plan de Desarrollo Educativo del Municipio de Pasto una propuesta de etnoeducación para atender a la población indígena?- señaló que “(...) el Municipio de Pasto (...) no tienen los cimientos necesarios para plantear por el momento una propuesta de etnoeducación para atender a la población indígena dentro del territorio”.

Finalmente, al responder a la octava pregunta -¿La Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes tienen un proyecto etnoeducativo?- indicó que la “IEM El Encano no posee un proyecto Educativo Etnoeducativo (sic): cabe aclarar que la IEM El Encano se encuentra en proceso de resignificación del PEI”.

22.- El veintiocho (28) de marzo de 2011 la Secretaría de Planeación del Municipio de Pasto contestó la pregunta formulada por el Despacho43, el cual consistía en certificar si, de conformidad con el Plan de Ordenamiento Territorial, la Institución Educativa Municipal El Encano y/o sus sedes están ubicadas en el territorio del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol. Manifestó que “revisada la Cartografía del Plan de Ordenamiento Territorial existente en esta Secretaría, no se encuentra delimitada el área que correspondería al Resguardo Indígena Quillasinga Refugio del Sol motivo por el cual no es posible determinar si la sede o sedes de la Institución Educativa Municipal El Encano están ubicadas en el mencionado territorio”.

23.-El veintinueve (29) de marzo de 2011 la Rectora de la Institución Educativa Municipal El Encano respondió el cuestionario enviado de la siguiente forma⁴⁴:

En lo relativo a la primera pregunta -¿Cuál es el número de alumnos del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” que asisten actualmente a la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes y el porcentaje que representan respecto del total de la población estudiantil?- respondió que “en la IEM El Encano se encuentran en su totalidad novecientos setenta y seis (976) estudiantes (...) de los cuales doscientos ochenta y cuatro (284) pertenecen al Resguardo Indígena Quillasinga Refugio del Sol, quienes (...) representan el veintinueve por ciento (29%) de la totalidad de estudiantes”.

El segundo cuestionamiento -¿La Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes tienen un proyecto etnoeducativo?- fue respondido negativamente.

24.- El siete (7) de marzo de 2011 Liliana Alegandra Alpala Portillo remitió, en calidad de apoderada, los documentos solicitados a los docentes William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega, Omaira Nathaly Noguera Narváez y Cecilia del Carmen Bacca López.

EXPEDIENTE T-2.922.870

El pasado trece (13) de septiembre de dos mil diez (2010) Diva Lucía Zúñiga Samboní interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la dignidad y a la estabilidad laboral reforzada, los cuales, en su opinión, están siendo vulnerados por el Departamento del Cauca y su Secretaría de Educación Departamental.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

(i) Mediante orden de prestación de servicios desde el veinticinco (25) de enero de 1999 hasta el treinta (30) de julio del mismo año en la Escuela Rural Mixta El Trilladero en reemplazo de una docente que había renunciado⁴⁷.

(ii) En la Escuela Rural Mixta Los Hatos hasta el cuatro (4) de abril de 2002⁴⁸.

(iii) Mediante orden de prestación de servicios desde el cuatro (4) de abril de 2002 en la Escuela Rural Mixta El Tunó⁴⁹.

(iv) Mediante orden de prestación de servicios desde el veintisiete (27) de enero de 2003 hasta el veintiséis (26) de marzo del mismo año en la Escuela Rural Mixta El Tunó para reemplazar temporalmente a una docente que se había trasladado⁵⁰.

(v) Mediante nombramiento en provisionalidad a través del decreto 0285 del doce (12) de marzo de 2003 en la Escuela Rural Mixta El Tunó a partir del veintisiete (27) de marzo del mismo año para reemplazar a una docente que se había trasladado⁵¹.

(vi) El primero (1) de junio de 2007, el decreto 0495 incorporó la Planta de Personal Docente de los municipios no certificados a la planta global de cargos del Departamento del Cauca, planta dentro de la cual figuraba la peticionaria en calidad de provisional⁵². Por tanto, fue nombrada en provisionalidad mediante el decreto 0541 del diecinueve (19) de junio de 2007 en la Integración Educativa Agropecuaria Valencia a partir del veinticinco (25) de junio de 2007⁵³.

2.- La Secretaría de Educación del Departamento del Cauca convocó a las autoridades tradicionales indígenas del Cauca -agrupadas en el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC)- y al Cabildo de Guambia a una mesa de trabajo con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional con el fin de determinar los establecimientos educativos oficiales -con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena. Con base en los acuerdos logrados, el Gobernador del Departamento del Cauca expidió el decreto 0591 del treinta (30) de diciembre de 2009 mediante el cual se determinaron los establecimientos educativos oficiales -con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena⁵⁴.

3.- El diez (10) de febrero de 2010 la accionante elevó derecho de petición a la Secretaría de Educación del Cauca con el fin de que “se tuviera en cuenta que la plaza a la que ella pertenecía era de una comunidad indígena y por tal motivo se excluyera [del] concurso [de méritos] mayoritario (...)”⁵⁵.

4.- El doce (12) de febrero de 2010 la Secretaría de Educación del Cauca le respondió que “(...) la Institución Educativa Agropecuaria Valencia, ubicada en el municipio de San

Sebastián, se encuentra relacionada en el Decreto Departamental No. 0591 de Diciembre de 2009, por medio de la cual se determinan los establecimientos educativos y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena. Por lo anteriormente expuesto le manifiesto que las plazas ubicadas en dichos establecimientos educativos relacionados en el mencionado Decreto, no serán reportadas a la Comisión Nacional del Servicio Civil para la provisión de cargos docentes y directivos docentes del Departamento del Cauca, hasta tanto el Ministerio de Educación Nacional expida el estatuto Docente Etnoeducador”⁵⁶.

5.- El veintidós (22) de abril de 2010 la Secretaría de Educación Departamental del Cauca expidió la resolución 02846 en la que estableció la lista de plazas vacantes definitivas correspondientes al Concurso Público de Méritos de Docentes y Directivos Docentes de los Municipios no certificados en materia Educativa (Convocatoria 068 de 2009)⁵⁷. A pesar de la respuesta que había recibido la peticionaria, el cargo que desempeñaba en la Integración Educativa Agropecuaria Valencia -docente en el área de Ciencias Sociales- fue incluido en la resolución mencionada⁵⁸.

6.- La accionante fue desvinculada de su cargo de docente a través del decreto 02871 de abril de 2010⁵⁹ debido a que, el veintisiete (27) de abril de 2010, se nombró en su reemplazo al señor Wilson Gilbardo Yasno Valencia quien resultó ganador en el concurso de méritos realizado⁶⁰.

7.- El siete (7) de mayo de 2010 la actora dirigió un derecho de petición a la Gobernación del Cauca para solicitarle su reintegro al cargo de docente con fundamento en que:

(i) “Por decreto 3905 del 2009 el presidente de la república excluyó de los procesos de concurso a las personas que según la ley 790 del 2002 son pre-pensionables (sic) es decir que están a menos de tres años de cumplir los requisitos para acceder a su pensión. Los pre-pensionables (sic), las personas cabezas de hogar, las personas con limitación física, visual, auditiva o mental integramos el retén social en condiciones de igualdad (...) por tanto los beneficios del precitado decreto 3905 son extensivos a los restantes beneficiarios del retén social previsto en la ley 790 de 2002”. Indicó que es cabeza de familia ya que “tengo a mi cargo a una persona que no se encuentra en condiciones de trabajar porque es mayor de 60 años ella es mi madre y yo soy su única hija (...)”⁶¹. Para comprobar su dicho adjuntó una

declaración ante notario⁶² y un certificado de supervivencia de su madre⁶³.

(ii) “El lugar donde me encontraba laborando es el cabildo Pallacta (sic) de la etnia yanacona corregimiento de valencia municipio de san Sebastián. Aclaro que la institución donde laboraba como docente atiende más del setenta por ciento población indígena y yo me encuentro dentro del censo indígena por tener usos y costumbres de mi etnia”⁶⁴. Adjuntó en este sentido una certificación del Cabildo Mayor Yanacona en el que la avalan como docente y señalan que la Institución Educativa Agropecuaria Valencia es “parte de los 108 establecimiento educativos que se encuentra (sic) dentro del territorio indígena Yanacona. Dicho establecimiento educativo está en proceso de verificación y estudio por parte de la SED [Secretaría de Educación Departamental] para ser incluido en el decreto adicional año (sic) 0591 de Diciembre de 2009”⁶⁵.

8.- En respuestas del catorce (14) y veinte (20) de mayo de 2010 la Secretaría de Educación del Cauca le indicó a la accionante que no era posible acceder a su solicitud debido a que:

(i) Según la ley 790 de 2002, el retén social se prescribió exclusivamente para el programa de renovación de la administración pública y no para los casos de concurso de méritos⁶⁶.

(ii) “La Secretaría de Educación del Departamento, mediante Decreto No.0102-04-2010, modificó y excluyó parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591-12-2009, entre las cuales se encuentra la Institución Educativa Valencia del municipio de San Sebastián, por lo tanto la plaza que Usted ocupaba, fue ofertada en (...) concurso de méritos Docente (...)”⁶⁷.

9.- Aduce la actora que su desvinculación vulneró sus derechos fundamentales porque “por Decreto Departamental No. 0591 de diciembre de 2009 se reconocía a la Institución Educativa de San Sebastián como establecimientos educativos ubicados en zonas mayoritariamente indígenas (sic)” y el “Decreto Departamental 0102 de 2010 [que la excluyó] contraría lo estipulado por el Ministerio del Interior ya que este dice que este municipio es indígena (...)”. En este sentido “el departamento no tiene en cuenta el principio de la realidad sobre las formalidades ya que el municipio de San Sebastián es una Población mayoritariamente Indígena, y no se explica como la entidad demandada lo excluye de tal beneficio afectando gravemente el desarrollo socio-cultural de la comunidad”.

Agregó que “tampoco debió ser retirada del servicio ya que tiene a cargo a su madre que es una Adulta Mayor (...)”⁶⁸.

Solicitud de Tutela

10.- Con fundamento en los hechos narrados, Diva Lucía Zúñiga Samboní exigió la protección de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la dignidad y a la estabilidad laboral reforzada, los cuales, a su juicio, fueron vulnerados por los demandados al desvincularla, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, de su cargo de docente en la Integración Educativa Agropecuaria Valencia en la que se encontraba laborando en calidad de provisional.

Solicitó entonces que se ordene “el reintegro (...) a la entidad accionada (...) reconociendo y pagando a su favor los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, desde la fecha de su retiro, hasta cuando ocurra su reintegro”⁶⁹.

Respuesta de la entidad demandada

11.- La Secretaría de Educación Departamental del Cauca respondió a la acción de tutela de la referencia el veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010).

Sostuvo, en primer lugar, que la “Institución Educativa Agropecuaria Valencia - Sede Principal, donde prestó sus servicios la accionante, NUNCA ha sido caracterizada como ESTABLECIMIENTO INDÍGENA, ni se menciona en el Decreto 0591 de diciembre de 2009, como tampoco en su modificatorio 0102 de Abril de 2010 (...)”⁷⁰. Explicó que “(...) la administración dio respuesta a la petición de la entonces educadora manifestando que dichas plazas docentes incluyendo la ocupada por la tutelante no serían reportadas a la CNSC [Comisión Nacional del Servicio Civil], con la convicción errada [de que] la Sede Principal de la Institución Educativa Agropecuaria Valencia (...) se encontraba caracterizada como educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena”, sin embargo, aclaró que en el decreto 0591 de 2009 “se incluye la Institución Educativa Agropecuaria Valencia solamente dos (2) sedes: E.R.M. El Porvenir (...) y E.R.M. Las Delicias (...) pero nunca la sede principal denominada Institución Educativa Agropecuaria Valencia (...)”, lo cual “fue resultado de las mesas de trabajo organizadas por el Ministerio de Educación Nacional, la Secretaría de Educación y las

comunidades indígenas”71.

En segundo lugar indicó que “la Institución Educativa Valencia (...) no ha estado ni a la fecha está caracterizada como zona de resguardo indígena, tal como lo certifica el Secretario de Planeación del Municipio de San Sebastián (...) conforme al Esquema del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de ese municipio”72.

En tercer lugar arguyó que “si la accionante (...) considera que el Acto Administrativo No. 0102 del 2010 y el 02871 del 23 de abril de 2010 contrarían alguna disposición legal, no es la acción de tutela el mecanismo idóneo para debatirlo, toda vez que existe otro mecanismo de defensa judicial eficaz, para controvertir la legalidad de los actos administrativos y mucho menos es el mecanismo para obtener el reintegro de la docente desvinculada por un acto administrativo, porque el igual que frente al acto de desvinculación, la tutelante dispone de la vía contenciosa administrativa para discutir su derecho al reintegro al cargo”73. Añadió que “la actora no está alegando la existencia de un perjuicio irremediable como tampoco acredita la existencia del mismo y no acude a la tutela como mecanismo transitorio”74.

En cuarto lugar señaló que “la protección del llamado retén social [fue] erigida por la Ley 790 de 2002 para el proceso de reestructuración de la administración pública, que no es lo que se plantea en la acción de tutela impetrada por la accionante (...)”75.

Finalmente informó que “el Departamento del Cauca y la Comisión Nacional del Servicio Civil de acuerdo a las normas legales emanadas del Gobierno Nacional han convocado en cuatro (4) oportunidades a Concurso Público de Mérito para proveer los cargos en vacantes definitivas de la planta global de cargos docentes y directivos docentes”76 y concluyó que la peticionaria “(...) debió concursar y superar las etapas del concurso abierto de méritos, para ser vinculada en periodo de prueba”77.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

12.- El veintiocho (28) de septiembre de 2010 el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán decidió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia. Consideró que “(...) desde el inicio de su nombramiento se advertía que era en provisionalidad hasta tanto

se realizará concurso de méritos para proveer dicho cargo”. Agregó que “la peticionaria tiene otros mecanismos judiciales, tales como el proceso Ordinario ante la Jurisdicción pertinente, teniendo en cuenta que se trata de un litigio o controversia relacionado con el reintegro a un cargo el cual debe ventilarse por vía de las acciones judiciales correspondientes (...)”⁷⁸.

Impugnación

13.- El cuatro (4) de octubre de 2010 la accionante impugnó el fallo de primera instancia con el argumento de que “la entidad territorial no está en proceso de reestructuración ni de liquidación; lo que no significa que no puedan aplicarse las normas de protección reforzada en el proceso de provisión de cargos”⁷⁹, razón por la cual debe concedérsele el amparo pues “tengo a mi cargo una persona de la tercera edad”⁸⁰.

Sentencia de segunda instancia

14.- La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán resolvió, el diecinueve (19) de noviembre de 2010, confirmar el fallo de primer grado. Estimó que la accionante no se encuentra en debilidad manifiesta ni en ninguna circunstancia que configure un perjuicio irremediable. En este sentido, a su juicio, la tutela impetrada “no tiene vocación de prosperidad, por cuanto le está exigiendo al Juez constitucional de tutela [que] se pronuncie frente a temas que escapan de su órbita jurisdiccional, pues (...) para tal cometido el legislador ha asignado las instancias y procedimientos correspondientes ante las distintas jurisdicciones previstas en la ley”⁸¹.

Además consideró que la señora Zúñiga “se encontraba nombrada provisionalmente (...) razón por la cual no tiene derecho para mantenerse en el cargo (...) pues su condición actual tiene una limitante considerada definitiva con la llegada de quien haya ganado el concurso público de méritos (...)”⁸².

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problemas jurídicos

2.- De la reseña de los antecedentes de los dos casos acumulados se observa que ambos involucran la situación de docentes pertenecientes a comunidades indígenas que laboraban en calidad de provisionales en instituciones educativas de carácter público y que fueron desvinculados en razón de la realización del respectivo concurso de méritos.

A pesar de esta similitud, la Sala advierte que existe una diferencia fundamental entre los expedientes acumulados relativa a los derechos fundamentales que se estiman vulnerados y al titular de los mismos. Así, en el caso de la tutela interpuesta por Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, se denuncia la violación de dos derechos fundamentales de la comunidad indígena - a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural-, razón por la cual el amparo se impetra en nombre de la misma y no en nombre de los docentes desvinculados. Por el contrario, en el caso de la tutela interpuesta por Diva Lucía Zúñiga Samboní, la acción se eleva por la docente desvinculada en nombre propio -no de su comunidad indígena- y por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales -al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la dignidad y a la estabilidad laboral reforzada- no los de su comunidad. Ello deriva en una diferencia en los problemas jurídicos a resolver en cada uno de los asuntos como se verá a continuación.

En efecto, en el caso de la acción de tutela instaurada por Camilo Ernesto Rodríguez Quispe en representación del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” contra el Municipio de Pasto y la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, esta Sala de Revisión debe determinar si los demandados vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural en perjuicio de la comunidad indígena Quillasinga al desvincular, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, a varios docentes pertenecientes a la misma quienes se encontraban laborando en calidad de provisionales en la Institución Educativa Municipal El Encano del Municipio de Pasto.

Mientras tanto, en el caso de la acción de tutela impetrada por Diva Lucía Zúñiga Samboní contra el Departamento del Cauca y la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, esta Sala de Revisión debe determinar si los demandados vulneraron sus derechos

fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la dignidad y a la estabilidad laboral reforzada al desvincularla, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, de su cargo de docente en la Integración Educativa Agropecuaria Valencia en la que se encontraba laborando en calidad de provisional.

3.- A fin de resolver ambos asuntos, la Sala hará consideraciones generales sobre los siguientes temas: (i) las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales y la legitimación activa en los casos en los que reclaman la protección de sus derechos fundamentales mediante acción de tutela, (ii) el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y su protección por vía de tutela, (iii) el derecho fundamental de las comunidades étnicas y sus integrantes a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural y (iv) el régimen de ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas con especial referencia a la población indígena. Enseguida (v) resolverá en concreto los dos casos acumulados.

Las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales y la legitimación activa en los casos en los que reclaman la protección de sus derechos fundamentales mediante acción de tutela

4.- De forma consistente la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que, del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana contenidos en la Constitución de 1991 -artículos 7 y 70-, se deriva necesariamente que “la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia (...)”⁸³. En otras palabras “(...) estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados”⁸⁴.

Para explicar lo antedicho ha expresado que “la protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que,

precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias (...) En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14) (...) El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”⁸⁵.

5.- Ahora bien, además de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que sus dirigentes y miembros gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad⁸⁶. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas⁸⁷ y la Defensoría del Pueblo⁸⁸.

6.- Entre aquellos derechos fundamentales de los cuales gozan las comunidades indígenas se encuentran aquellos que se relacionan con la protección de su identidad cultural, tales como los derechos a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural⁸⁹, pues ellos sólo pueden ser entendidos “en función del grupo al que pertenecen”⁹⁰. Estos dos derechos, por su relación con el asunto de la referencia, serán analizados a continuación por la Sala.

El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y su protección por vía de tutela

7.- El artículo 1 de la Constitución Política define a Colombia como un Estado Social de

Derecho organizado en forma de República participativa. Como consecuencia de lo anterior el artículo 2 incluye, dentro de los fines del estado colombiano, la facilitación de la participación de todos en las decisiones que les afecten.

Este principio general de participación, que comprende a todos los habitantes de territorio colombiano, resulta reforzado en el caso de las comunidades étnicas -indígenas y afrodescendientes- en virtud de la definición del estado colombiano como república pluralista -artículo 1- y del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana -artículos 7 y 70-91. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha indicado que las normas constitucionales anotadas derivan en que “la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales”⁹². Una de estas herramientas es, precisamente, la participación de estas comunidades en las decisiones que las afectan ya que así se asegura que en la implementación de las políticas públicas se tome en cuenta su punto de vista respecto de la afectación que éstas podrían tener en su identidad cultural, lo que además otorga legitimidad democrática a las medidas adoptadas. Es por ello que “existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan”⁹³.

En este sentido, el ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas y afrodescendientes espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos dentro de los cuales también están incluidos sus integrantes⁹⁴. Entre otros, se pueden identificar como espacio de participación concretos (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial -artículo 329-, (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios -artículo 330- y (v) la consulta

previa sobre las medidas que afectan directamente a la comunidades étnicas, espacio de participación que es el que resulta relevante para el asunto de la referencia.

8.- El mandato de consulta previa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 6, ordinal a, del Convenio 169 “Sobre Pueblos indígenas y Tribales” de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁹⁵, tratado internacional que, según jurisprudencia constitucional reiterada⁹⁶, forma parte del bloque de constitucionalidad –artículo 93 de la Constitución-.

El artículo 6, ordinal a, del mencionado Convenio es entonces la norma que consagra la consulta previa a las comunidades étnicas, en el siguiente sentido:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

9.- La jurisprudencia constitucional⁹⁷ ha estimado que de la disposición transcrita surge un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas porque su participación a través de este mecanismo es necesaria para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social⁹⁸.

10.- En lo que toca con la titularidad de tal derecho, esta reside no sólo en las comunidades indígenas sino también en los demás grupos étnicos –por ejemplo, afrocolombianos y raizales- de conformidad con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT⁹⁹. Afirmó la Corte en la sentencia C-461 de 2008 que “la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento objetivo, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento subjetivo, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”.

11.- En relación con el ámbito temático de la consulta previa ha precisado la Corte¹⁰⁰ que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica. Es decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación

de recursos naturales en los territorios indígenas -artículo 330- y al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas -artículo 329-, que fueron los expresamente previstos por la Constitución. Ello porque la ratificación del Convenio 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la ley 21 de 1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. Nótese que el tenor literal del artículo 6 del mencionado Convenio no contiene restricción temática alguna al referirse simplemente a “cada vez que se prevean medidas (...)”.

12.- En lo que respecta al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte ha acudido nuevamente al texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT para señalar que son no solamente las medidas administrativas¹⁰¹ sino también las legislativas¹⁰², y dentro de estas últimas ha incluido las leyes aprobatorias de los tratados internacionales¹⁰³ e incluso las reformas constitucionales¹⁰⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida -administrativa o legislativa- que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente¹⁰⁵.

13.- También se ha pronunciado la Corte respecto de la forma en la cual debe ser llevada a cabo la consulta. Frente a ello ha señalado que “en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”¹⁰⁶. En últimas esto deriva en que, a pesar de la flexibilidad que otorga el Convenio 169, “el procedimiento de consulta no queda (...) librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales”¹⁰⁷.

Así, en desarrollo del mencionado principio de buena fe, la jurisprudencia constitucional ha

determinado que:

* La consulta previa debe estar antecedida de un “proceso preconsultivo”, lo que significa que “deberá estar precedida de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”¹⁰⁸. Ello porque “el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”¹⁰⁹.

* La consulta se debe hacer de tal forma que la comunidad étnica “tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones”¹¹⁰. En otras palabras, “que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda (...) valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad (...)”¹¹¹.

De conformidad con lo anterior, “la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite”¹¹² y por esta misma razón “los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa” ¹¹³ y no tiene el valor de consulta la simple notificación de la medida que se quiere adoptar¹¹⁴.

* Lo anterior no quiere decir que la consulta previa excluya el proceso informativo, sino que no se debe limitar a él. En efecto, se ha indicado que, en la consulta previa, “los gobiernos

deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales” 115.

Esta información sobre la medida a adoptar debe incluir los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerla en ejecución y la manera como su ejecución puede conllevar una afectación a su identidad¹¹⁶.

Adicionalmente, la efectiva posibilidad de expresar la posición y de influir en la toma de decisiones, en algunos casos, requiere de “acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”¹¹⁷.

* Así mismo, “los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”¹¹⁸.

* Adicionalmente, el proceso de consulta debe llevarse a cabo “con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas (...)” 119. Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten directamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar “fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad” 120.

* De todos modos, “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la

protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros”¹²¹.

14.- Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna¹²², lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio¹²³. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido.

En caso de medidas administrativas que afecten directamente a las comunidades étnicas se ha determinado que, al ser la consulta un derecho fundamental, procede la acción de tutela para que las comunidades étnicas exijan del estado su realización. En lo relativo a las medidas legislativas, esta Corte ha determinado que procede la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la consulta previa siempre y cuando el proyecto no se haya convertido en ley, pues en este caso existe otro mecanismo cual es la demanda de inconstitucionalidad de la misma¹²⁴. En consonancia con lo anterior, ha indicado la Corte que “su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política”¹²⁵ y es por ello que ante una ley que debió haber sido consultada procede la demanda de inconstitucionalidad¹²⁶, es decir, que la omisión de la consulta previa “constituye un vicio [que] impide declarar exequible la ley”¹²⁷. Lo que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático en el cual la Corte debe verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa en el caso de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas.

El derecho fundamental de las comunidades étnicas y sus integrantes a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural

16.- El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha recordado como “(...) durante un largo periodo histórico la meta fundamental de la educación para indígenas proporcionada por el

estado u otras instituciones [como las comunidades religiosas] era asimilar a los pueblos indígenas a la cultura dominante (occidental o nacional según las circunstancias), una cultura extraña para ellos, con la consecuente desaparición o, en el mejor caso, marginación de las culturas indígenas en el sistema educativo”¹²⁸. Colombia no fue la excepción en este aspecto pues, como lo ha recordado esta Corte, “durante la vigencia de la Constitución centenaria de 1886, de acuerdo con la política indigenista gubernamental de asimilación, las propuestas educativas que se implementaron para las comunidades tradicionales estaban orientadas a acelerar su proceso de integración a los patrones de vida de la mayoría de sociedad nacional y, por esa vía, las mismas siguieron siempre los principios y objetivos básicos de la educación general”¹²⁹.

En este orden de ideas, el mencionado relator ha manifestado que “los sistemas de educación formal que ha impartido históricamente el estado o las corporaciones religiosas o privadas han sido un arma de dos filos para los pueblos indígenas. Por una parte, han significado con frecuencia la posibilidad para los niños y las niñas, así como los jóvenes indígenas, de adquirir conocimientos y capacidades que les permiten progresar en la vida y de relacionarse con el mundo más amplio. Por otra parte, la educación formal, sobre todo cuando sus programas, curricula y métodos provienen de sociedades distintas y ajenas a las culturas indígenas, ha sido también un mecanismo para la transformación impuesta y a veces la destrucción de las culturas indígenas” ¹³⁰.

Debido a esto último ha identificado la referida utilización de la escuela como “instrumento privilegiado para promover la asimilación de los pueblos indígenas al modelo cultural de la mayoría o de la sociedad dominante” no sólo como una violación de su identidad cultural sino como una de las principales formas de discriminación “lingüística, religiosa y cultural” en su contra¹³¹.

17.- En Colombia, “con la expedición de la Constitución de 1991, al definirse el Estado colombiano como democrático y pluralista, se abandonó por completo la idea integracionista (...)”¹³² ya que su artículo 68 reconoce el derecho de “los integrantes de los grupos étnicos” -indígenas y afrodescendientes- a “una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”. En este mismo sentido el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el país en 1991 mediante la ley 21, prescribe que “los programas y servicios de educación destinados a los pueblos interesados (...) deberán abarcar su historia, sus conocimientos y

técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”.

Como consecuencia de este cambio de enfoque, la ley 115 de 1994¹³³ –ley general de educación- define la etnoeducación o educación para grupos étnicos como “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”¹³⁴ y le otorga, entre otras, la finalidad de “afianzar los procesos de identidad (...)”¹³⁵.

Así entendida, la educación deja de ser un factor de desintegración cultural y discriminación para las comunidades étnicas para convertirse en un derecho que “se revela clave (...) no sólo como medio para salir de la exclusión y la discriminación (...) sino también para el disfrute, mantenimiento y respeto de sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos”¹³⁶. Lo primero ya que esta Corte¹³⁷ ha resaltado la importancia de la educación como instrumento esencial para alcanzar el goce de otros derechos tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho al trabajo, el mínimo vital y, en general, para lograr una ciudadanía plena. Así mismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo que interpreta y vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 13 sobre el derecho a la educación, afirmó que éste derecho “es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”¹³⁸, razón por la cual cobra vital importancia en un país como el nuestro en el que las comunidades étnicas, por lo general, pertenecen a estos sectores. Lo segundo porque una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de estos pueblos les permitirá transmitir a las nuevas generaciones su cultura y así impedir su desaparición.

18.- Según la sentencia C-208 de 2007 el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural es de carácter fundamental por dos razones. En primer lugar porque la educación ha sido reconocida como derecho fundamental para todas las personas, entre las cuales se encuentran los integrantes de las comunidades étnicas¹³⁹. En segundo lugar debido a que “(...) hace parte integral del derecho a la identidad cultural que (...) tiene dimensión ius fundamental” y, agrega la Sala, tiene relación directa con el derecho a la igualdad. En este orden de ideas es un derecho susceptible de protección por vía de tutela.

19.- Este derecho radica en cabeza de los integrantes de las comunidades étnicas individualmente considerados, pues así se desprende del texto del artículo 68 de la Constitución¹⁴⁰, pero también la comunidad étnica como sujeto de derechos fundamentales es titular del mismo pues, como se verá, se ha previsto la participación de la misma en el proceso educativo como mecanismo para asegurar que la educación impartida a sus miembros responda a sus patrones culturales¹⁴¹. En este entendido los indígenas y afrodescendientes pueden reclamar de forma individual el derecho fundamental anotado pero también pueden hacerlo en nombre de su comunidad para exigir la participación de la misma en el ámbito educativo.

20.- Una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de las comunidades étnicas requiere de varios componentes que han sido desarrollados por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, el capítulo III de la ley 115 de 1994 y su decreto reglamentario 804 de 1995, los cuales pueden ser entendidos como el contenido del derecho fundamental en comento. Algunos de los más importantes son los siguientes:

En primer término el artículo 10 de la Constitución prescribe que “la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”. Así mismo el artículo 28 del Convenio 169 de la OIT indica que “siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país”. La ley 115 de 1994 reiteró estas disposiciones en su artículo 57 al establecer que “en sus respectivos territorios, la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística será bilingüe, tomando como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo” sin perjuicio del “desarrollo de las habilidades comunicativas básicas para leer, comprender, escribir, escuchar, hablar y expresarse correctamente en lengua castellana”. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha resaltado la importancia de este componente al decir que es un “aspecto fundamental para ofrecer una educación culturalmente apropiada [ya que] el idioma se convierte en medio esencial para transmitir la cultura, los valores y la cosmovisión indígena” ¹⁴².

En segundo término hace parte del contenido del derecho a una educación que respete y

desarrolle la identidad cultural de las comunidades étnicas la existencia de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para tales grupos. Así, el artículo 62 de la ley 115 de 1994 prescribió que “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”. Al respecto, en la sentencia C-208 de 2007, esta Corte dejó claro que el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas no puede estar regulado de la misma forma en que está reglamentado el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para el resto de la población colombiana pues, en virtud del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, estas disposiciones deben ajustarse “a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional” para que así respondan “a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida”. Así mismo determinó que tales normas especiales, al ser medidas que les afectan directamente, deben ser consultadas previamente con estas comunidades. Sobre este componente del derecho volverá la Sala más adelante por su evidente relación con el asunto de la referencia.

En tercer lugar, el artículo 58 de la ley 115 de 1994 contiene un mandato según el cual “el Estado promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos (...)”¹⁴³. Al respecto, el mencionado relator ha señalado que “los docentes formados en las escuelas tradicionales para maestros saben poco o nada de las culturas indígenas y generalmente no hablan ninguna lengua autóctona (...) Para fortalecer la enseñanza intercultural bilingüe es preciso comenzar por la formación de los maestros que la llevarán a cabo” ¹⁴⁴.

En cuarto lugar, de conformidad con el artículo 14 del decreto 804 de 1995, “el currículo de la etnoeducación (...) se fundamenta en la territorialidad, la autonomía, la lengua, la concepción de vida de cada pueblo, su historia e identidad según sus usos y costumbres”. Sobre el punto, el relator citado ha indicado que “la UNESCO enfatiza la necesidad de un currículo lingüística y culturalmente pertinente, en el cual la historia, los valores, las lenguas, las tradiciones orales y la espiritualidad sean reconocidas, respetadas y promovidas. Los pueblos indígenas reclaman ahora un currículo escolar adaptado a las diferencias culturales, que incluya las lenguas indígenas y considere el uso de metodologías pedagógicas alternativas” ¹⁴⁵.

En quinto lugar, respecto de la “administración y gestión institucionales” los artículos 17 y siguientes del decreto 804 de 1995 prescriben que (i) “(...) los proyectos educativos institucionales de los establecimientos educativos para los grupos étnicos, definirán los calendarios académicos de acuerdo con las formas propias de trabajo, los calendarios ecológicos, las concepciones particulares de tiempo y espacio y las condiciones geográficas y climáticas respectivas”, (ii) “en la organización y funcionamiento del gobierno escolar y en la definición del manual de convivencia en los establecimientos educativos para los grupos étnicos, se deberán tener en cuenta sus creencias, tradiciones, usos y costumbres” y (iii) “la elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didácticos, deben tener en cuenta las particularidades culturales de cada grupo étnico (...)”. En lo relativo al punto (iii) el relator mencionado ha dicho que “la educación intercultural bilingüe sólo puede tener éxito si las escuelas disponen de libros de texto, material auxiliar didáctico, elementos audiovisuales, etc., en las propias lenguas indígenas adecuados al contexto cultural indígena” 146.

21.- Ahora bien, la participación de la comunidad étnica tiene importancia crucial para la satisfacción de los reseñados componentes del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los miembros de dichos pueblos. Como ha puntualizado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas “(...) para reformar los sistemas educativos con el objeto de reorientar la educación hacia el pleno respeto de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos culturales y lingüísticos, es preciso que los pueblos indígenas puedan reconocerse a sí mismos en estos esfuerzos. Para ello se requiere que puedan participar libremente en todas las etapas de planeación, diseño, implementación y evaluación de estas reformas. Hasta ahora, una de las deficiencias en los sistemas de educación que no responden a las necesidades de los pueblos indígenas es la falta de participación de estos desde el origen en el diseño de los programas y políticas de educación (...) Los planes y programas educativos no deben ser diseñados en lejanas oficinas técnicas sin contacto directo con las comunidades indígenas” 147. En este mismo sentido esta Corporación, en la sentencia C-208 de 2007, reconoció que la participación y cooperación de los grupos étnicos en los programas y servicios de educación a ellos destinados es “el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional”.

En razón de lo anterior, el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT prevé que “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 (...)”. En desarrollo de este mandato la ley 115 de 1994 y su decreto reglamentario 804 de 1995 han previsto diversos ámbitos de participación para las comunidades étnicas. Incluso el decreto antes mencionado, en su artículo 10, indica quienes son las autoridades de los grupos étnicos que son competentes para llevar a cabo la concertación¹⁴⁸. Estos ámbitos son:

(i) “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”¹⁴⁹. Sobre este ámbito de participación de las comunidades étnicas volverá la Sala más adelante por su evidente relación con el asunto de la referencia.

(ii) “Cuando fuere necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos”¹⁵⁰.

(iii) “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, si ninguna institución de educación superior o escuela normal superior atiende este servicio”¹⁵¹.

(iv) El diseño o construcción del currículo de la etnoeducación “(...) será el producto de la investigación en donde participen la comunidad, en general, la comunidad educativa en particular, sus autoridades y organizaciones tradicionales”¹⁵². Además, “la formulación de los currículos de etnoeducación se fundamentará en las disposiciones de la Ley 115 de 1994 y en las conceptualizaciones sobre educación elaboradas por los grupos étnicos, atendiendo sus usos y costumbres, las lenguas nativas y la lógica implícita en su pensamiento”¹⁵³.

(v) “La creación de alfabetos oficiales de las lenguas y de los grupos étnicos como base para la construcción del currículo de la etnoeducación, deberá ser resultado de la concertación social y de la investigación colectiva”¹⁵⁴.

(vi) “La infraestructura física requerida para la atención educativa a los grupos étnicos, debe ser concertada con las comunidades, de acuerdo con las características geográficas, las concepciones de tiempo y espacio y en general con los usos y costumbres de las mismas”¹⁵⁵.

(vii) “La elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didácticos, deben (...) llevarse a cabo en concertación con las instancias previstas en el artículo 10 del presente Decreto”¹⁵⁶.

Régimen especial de ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas con especial referencia a la población indígena

22.- Como se adelantó, en la sentencia C-208 de 2007 la Corte Constitucional consideró que el contenido del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de las comunidades étnicas incluye la existencia de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para tales grupos, el cual además debe ser consultado previamente a su expedición con las comunidades étnicas al ser una medida que les afecta directamente.

En aquella ocasión la Sala Plena resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el decreto ley 1278 de 2002 que contiene el denominado Estatuto de Profesionalización Docente dirigido a regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, en el cual se estableció el concurso público de méritos como la forma de ingreso de los docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal.

El demandante argumentaba que el decreto demandado “no reguló de manera especial lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos, sometiendo a dichos grupos a las normas previstas para el régimen general de carrera”. A su juicio ello desconocía el derecho de las comunidades étnicas a su identidad cultural y educativa pues este derecho incluye la adopción de medidas especiales en materia de acceso de los docentes y directivos docentes al servicio de educación estatal.

La Corte determinó que, en efecto, los contenidos normativos del decreto ley 1278 de 2002 - Estatuto de Profesionalización Docente- “no hacen referencia alguna a grupos sociales que son objeto de especial tratamiento y protección, como es precisamente el caso de los grupos

étnicos, con lo cual se concluye que sus normas cobijan, de manera general, a todos aquellos que se vinculen a los cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado sin consideración a sus diferencias culturales, y que el mismo no libera a los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas de la obligación de someterse al concurso público de méritos bajo las mismas reglas y condiciones que aplican a la mayoría de la sociedad nacional”.

Verificado lo anterior, la Corte consideró que el legislador, al expedir el decreto ley 1278 de 2002, por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente, incurrió en una omisión legislativa relativa, consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos. Indicó que con dicha omisión, se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades étnicas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. De igual manera, aseguró, se desconoció el derecho de los grupos étnicos a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollen con su participación y cooperación, “siendo éste el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional”. Estimó la Corte que ello no podía suceder “sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las distintas manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional”.

Recordó que “la Constitución Política y el Convenio 169 de la O.I.T., le reconocen a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas y, en complemento de lo anterior, el derecho a que los programas y los servicios de educación destinados a dichos pueblos se encuentren regulados en la ley, y se desarrollen y apliquen en cooperación con sus autoridades más representativas, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Bajo ese entendido, es evidente que (...) las referidas especificidades no fueron tenidas en cuenta

por el legislador, ignorando por completo la diferencia cultural que el ordenamiento jurídico les reconoce en el campo de la educación y la enseñanza”.

Agregó que de acuerdo con el decreto ley 1278 de 2002, la provisión de cargos docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas estaría llamado a regirse por el sistema tradicional de concurso público abierto en él previsto, lo cual hace posible que cualquier persona, bajo las reglas generales, pueda aspirar a dichos cargos, “desconociéndose la premisa de que los docentes de estas comunidades deben ser preferiblemente miembros de las mismas y conocedores de sus lenguas, dialectos, culturas, cosmogonías, cosmovisiones, usos, costumbres y creencias propias, conforme lo exigen la Constitución Política, la Convención 169 de la O.I.T., incorporada al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, e incluso la propia Ley General de Educación (Ley 115 de 1994)”.

Aclaró la Corte que no cuestiona el hecho de que el ingreso de los docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal, tanto para la cultura mayoritaria como para las comunidades étnicas, se pueda llevar a cabo mediante el sistema de carrera y a través del concurso público de méritos, “toda vez que, como quedó dicho al citar el artículo 125 Superior, la regla general para el acceso a la función pública es precisamente el sistema de carrera (...) Sólo con carácter excepcional, la Constitución (artículo 125) excluye del régimen de carrera los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”. Además, expresó “el sistema de carrera por concurso de méritos, como regla general para el acceso a la función pública, comporta, en realidad, un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, reconocido y promovido por la Constitución Política, en cuanto permiten garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados, rechazando aquellos factores de valoración que chocan con la esencia misma del Estado social de derecho como lo pueden ser el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo”. Así las cosas, señaló, aun cuando las comunidades étnicas, en virtud de los derechos a la identidad cultural y educativa, son titulares de un tratamiento especial en relación con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes estatales, “ello no desvirtúa su sometimiento a las normas constitucionales sobre las formas de acceso, permanencia y retiro de la función pública, las cuales, además, buscan brindarles a todos los docentes estatales, sin distingo de razas, las garantías propias de los sistemas de administración de personal como son la

igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad laboral y la posibilidad de ascender dentro de la carrera”.

Concluyó entonces que “el hecho de que el Estatuto de Profesionalización Docente disponga que el acceso al servicio educativo estatal deba llevarse a cabo a través del sistema de carrera y por concurso público de méritos, no lo hace inconstitucional. La inconstitucionalidad por omisión relativa en el presente caso se concreta, única y exclusivamente, en el hecho de que, a través del Decreto-Ley 1278 de 2002, si bien se consagró el régimen de profesionalización docente para la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes, no hubo previsión ninguna en relación con el régimen aplicable a los grupos étnicos sujetos a un tratamiento especial en esa materia”.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte decidió declarar exequible el decreto ley 1278 de 2002, “siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación [ley 115 de 1994] y demás normas complementarias”.

23.- Aunque el texto de la parte resolutive de la sentencia de constitucionalidad resumida se refiere a la “población indígena”, esta Sala entiende que este término debe ser entendido como “comunidades étnicas” para abarcar tanto a las comunidades indígenas como a los demás grupos étnicos, tales como los afrodescendientes y los raizales.

La razón para ello es que una revisión detallada de la parte motiva del fallo refleja que tanto en el resumen de la demanda como en las consideraciones de la sentencia se utilizaron indistintamente las expresiones “comunidad indígena” o “comunidad étnica” cuando en realidad se quería incluir a todos los grupos étnicos. Fue por ello precisamente que no se ofreció razón alguna para concluir que sólo un grupo étnico –los indígenas- tienen derecho a un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes. Exclusión que, además, sería inconstitucional pues, como se vio, el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural está en cabeza de todo grupo étnico y no sólo

de los grupos indígenas de conformidad con el artículo 68 de la Constitución y el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT.

Estas disposiciones no contienen un régimen integral de ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para grupos étnicos pues son sólo dos las normas que tratan el tema: el artículo 62 de la ley 115 de 1994 y el artículo 12 del decreto 804 de 1995. Prescriben que la selección de estos educadores por parte de las autoridades competentes se hará en concertación con los grupos étnicos (artículo 62 de la ley 115 de 1994), pero además impone requisitos y prelación que limitan esta decisión:

i. Los docentes seleccionados “deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano” (artículo 62 de la ley 115 de 1994).

i. “podrá excepcionarse del requisito del título de licenciado o de normalista” pero “en el evento de existir personal escalafonado, titulado o en formación dentro de los miembros del respectivo grupo étnico que se encuentren en capacidad y disponibilidad para prestar el servicio como etnoeducadores, éste tendrá prelación para ser vinculado” (artículo 12 del decreto 804 de 1995).

i. Tendrán prelación para ser elegidos “los miembros de las comunidades en ellas radicados” (artículo 62 de la ley 115 de 1994).

25.- La ausencia de un régimen integral que regule el ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para grupos indígenas explica que no se haya realizado aún ningún concurso público de méritos para que ingresen definitivamente al servicio público de educación los docentes y directivos docentes necesarios para atender a la población indígena. Por el contrario, desde la expedición del Estatuto de Profesionalización Docente, se han venido realizando varios concursos de méritos para proveer definitivamente los cargos vacantes de docentes y directivos docentes para la educación de población que no se

identifica como perteneciente a una etnia.

En atención a esta situación, el decreto 3982 de 2006 (artículo 4, párrafo 1) prescribió que, al determinar los cargos vacantes de docentes y directivos docentes que serían sometidos a concurso público de méritos, se deberían excluir aquellos necesarios para la atención educativa de los grupos indígenas ya que estos sólo deben ser provistos mediante las normas especiales que se encuentran en proceso de consulta previa. En la directiva ministerial 02 del 18 de febrero de 2008, la entonces Ministra de Educación Nacional orientó a los Gobernadores, Alcaldes y Secretarios de Educación en el sentido de proveer temporalmente los cargos vacantes necesarios para la atención educativa de los grupos indígenas mediante nombramiento provisional con respeto de las previsiones del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y del artículo 12 del decreto 804 de 1995 antes explicadas.

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

Para las entidades territoriales ha resultado claro que, en el caso de instituciones educativas oficiales que sólo atienden población que no se identifica como perteneciente a una etnia, se deben reportar los cargos vacantes para ser provistos definitivamente mediante el concurso de méritos del Estatuto de Profesionalización Docente. También ha resultado claro para ellas que, en el caso de instituciones educativas oficiales que sólo atienden población indígena, no se pueden reportar los cargos vacantes para el concurso público de méritos del Estatuto de Profesionalización Docente sino que, mientras concluye el proceso de consulta en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, estos deben proveerse temporalmente, mediante nombramiento provisional, con respeto de las previsiones del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y del artículo 12 del decreto 804 de 1995.

El problema se presenta en aquellas instituciones educativas que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia pues no existe claridad sobre en qué casos se deben reservar, en tales instituciones, los cargos de docentes y directivos docentes que están vacantes para ser provistos mediante las normas especiales que están en proceso de consulta previa.

Podría indicarse que tal problema fue resuelto por el párrafo 1 del artículo 4 del decreto

3982 de 2006 que señala que “La determinación de las vacantes definitivas, incluyendo los cargos provistos mediante nombramientos provisionales, deberá identificar los cargos de docentes y directivos docentes necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas, afrocolombianos y raizales que atienden estas poblaciones, los cuales serán provistos mediante concurso especial” (subrayado fuera del texto original). Como se ve, la norma citada usa dos criterios concomitantes para la identificación de las vacantes que se deben reservar: (i) un criterio territorial –que el establecimiento educativo estatal esté ubicado en territorio indígena– aunado al (ii) criterio de la población atendida, sin diferenciar si la institución educativa oficial atiende mayoritariamente a población indígena o ésta no alcanza a constituir la mayoría dentro de la población estudiantil. Los mismos criterios son usados por la Directiva Ministerial 02 del 18 de febrero de 2008.

Sin embargo, el Ministerio de Educación Nacional, al ser cuestionado en el presente proceso sobre si había establecido criterios al respecto, respondió negativamente ya que considera que “la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas creada por el decreto 2406 de 2007, es la instancia que en coordinación con el MEN establecerá los criterios, para que las entidades territoriales determinen las vacantes de etnoeducadores que atienden estudiantes indígenas, en el marco de la consulta previa ordenada por la ley 21 de 1991 y el decreto 1397 de 1996”. En este orden de ideas, de conformidad con el Ministerio de Educación Nacional, a pesar de las previsiones del decreto 3982 de 2006 y de la Directiva Ministerial 02 del 18 de febrero de 2008, actualmente no existen criterios para identificar las vacantes que se deben reservar.

26.- Frente a esta situación, la Sala coincide con el Ministerio de Educación Nacional en el sentido de que los criterios para determinar cuáles vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 también son parte del proceso de consulta que se está adelantando. Ello porque, en últimas, estos criterios son los que fijarán el ámbito de aplicación del futuro régimen especial de ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para la población indígena, régimen que debe ser objeto de consulta previa según lo dicho por esta Corte en la sentencia C-208 de 2007.

Sin embargo, la Sala también es consciente de que, mientras culmina el proceso de consulta previa en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos

Indígenas, la realización de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 no se puede detener y, por tanto, se requieren criterios al menos temporales para determinar en qué casos las vacantes deben ser excluidas de los mismos en el caso de las instituciones educativas oficiales que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia.

Se considera que estos criterios temporales también deben ser determinados mediante un proceso de consulta previa a nivel departamental, municipal o distrital –según sea el departamento, el municipio o el distrito la entidad encargada de reportar los cargos de docentes o directivos docentes vacantes- con las comunidades indígenas con presencia en la entidad territorial respectiva. Lo que se justifica porque es evidente que estos criterios, aunque temporales, son una medida que les afecta directamente y que por tanto debe ser decidida a través de este mecanismo.

En este orden de ideas, antes de reportar las vacantes en cargos de docentes o directivos docentes en instituciones educativas oficiales que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia, el departamento, el municipio o el distrito -según el caso- deberá convocar a una consulta previa a las comunidades indígenas con presencia en la respectiva entidad territorial con el fin de identificar criterios temporales para determinar en qué casos estas vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002. Sólo una vez hecha la consulta previa –departamental, distrital o municipal- y definidos los referidos criterios temporales, estos podrán ser aplicados para determinar cuáles de los cargos vacantes se reportarán para el concurso público de méritos.

Los cargos que queden excluidos, mientras se concluye el proceso de consulta previa que se sigue actualmente en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, deberán ser provistos temporalmente, mediante nombramiento en provisionalidad, con respeto del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y el artículo 12 del decreto 804 de 1995.

Como se verá en la parte resolutive, el Ministerio de Educación Nacional, a través de una Directiva Ministerial, deberá orientar a las entidades territoriales encargadas de reportar las vacantes de docentes y directivos docentes para los concursos públicos de méritos del

decreto ley 1278 de 2002 con el fin de que, en adelante, procedan en el sentido señalado.

Ello sería en principio contradictorio con lo anteriormente expresado, sin embargo, una lectura atenta de la parte motiva de la sentencia revela que el problema jurídico que se resuelve en esta oportunidad no fue abordado por la Sala Plena al emitir la sentencia C-208 de 2007. Así, toda la argumentación vertida en ese fallo se dirigió a demostrar que se incurrió una omisión legislativa relativa en el decreto ley 1278 de 2002 debido a que no se previó un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas, lo que resultaba obligatorio a la luz del derecho de éstas comunidades a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural. En este sentido, lo que concluyó la Corte en la sentencia C-208 de 2007 es que, en razón de la ausencia de ésta regulación especial, no se debe aplicar a el estatuto de profesionalización docente a los docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas, pero no razonó sobre el ámbito de aplicación que el futuro régimen especial debería tener ni sobre los criterios temporales a tener en cuenta al excluir los cargos de docentes y directivos docentes para las comunidades étnicas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002. Antes bien, lo que determinó Corte en la sentencia C-208 de 2007 es que ese estatuto especial debe ser objeto de consulta previa, punto que precisamente se reitera en la presente sentencia.

Con las anteriores consideraciones procede la Sala a resolver los casos concretos.

Casos concretos

EXPEDIENTE T-2.817.423

28.- En este asunto, Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, interpuso acción de tutela en representación del mencionado resguardo solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural, los cuales, en su opinión, fueron vulnerados por el Municipio de Pasto y su Secretaría de Educación Municipal al desvincular, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, a varios docentes pertenecientes a su comunidad quienes se encontraban en calidad de provisionales en la Institución Educativa Municipal El Encano del Municipio de Pasto.

29.- Para iniciar la resolución del caso bajo estudio es necesario indicar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional antes reseñada¹⁵⁸, el Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”¹⁵⁹, a nombre de quien se instauró la acción de tutela, es sujeto titular de los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural¹⁶⁰. Así mismo es necesario señalar que, como se expresó¹⁶¹, Camilo Ernesto Rodríguez Quispe, Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol”¹⁶², en calidad de dirigente de su comunidad goza de legitimación activa para reclamar los derechos fundamentales que reposan en cabeza de la misma.

30.- En lo que respecta al estudio de procedibilidad, la Sala, a diferencia de lo indicado por los jueces de instancia, considera que la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el decreto mediante el cual fueron desvinculados los docentes no hace improcedente la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo ya que, evidentemente, estas dos acciones judiciales protegen derechos distintos de sujetos de derecho diferentes, como lo expresa el peticionario. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho se impetraría por los docentes desvinculados con el objetivo de atacar la legalidad del acto administrativo que los desvinculó y obtener su reintegro mientras que la presente acción de tutela se interpone por la comunidad indígena Quillasinga con el fin de proteger sus derechos fundamentales.

31.- Para resolver de fondo el asunto planteado, recuérdese que el Municipio de Pasto usó para la identificación de las vacantes que no se reportarían al concurso público de méritos dos criterios en forma disyuntiva: (i) el mayoritario -que la población indígena sea mayoría en la institución educativa oficial- o (ii) el del proyecto etnoeducativo -que la institución educativa oficial tenga un proyecto etnoeducativo-¹⁶³. La utilización de estos criterios fue lo que determinó que, en el caso de la Institución Educativa Municipal El Encano, se reportaran para el concurso público de méritos los cargos ocupados en provisionalidad por los docentes pertenecientes a la Comunidad Indígena Quillasinga ya que, según se encuentra probado el expediente, en la mencionada institución educativa (i) la población indígena Quillasinga no es mayoría sino que representa aproximadamente el 29% de la totalidad de los estudiantes¹⁶⁴ y (ii) no existe un proyecto etnoeducativo¹⁶⁵.

A la luz de estos hechos encuentra la Sala que se presentó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Quillasinga por parte del

Municipio de Pasto pues la aplicación de los criterios a los que se ha hecho referencia es, indudablemente, una medida administrativa que afecta directamente a la Comunidad Indígena Quillasinga y, en ese sentido, no debió haber sido adoptada unilateralmente por el demandado sin antes surtir un proceso de consulta.

Esta afectación tiene carácter directo ya que, según las pruebas recabadas por el despacho, aproximadamente el 29% de los estudiantes matriculados en el mencionado establecimiento educativo pertenecen a la comunidad indígena Quillasinga¹⁶⁶, porcentaje que si bien no constituye la mayoría representa una porción importante de la población estudiantil. Lo dicho no se desvirtúa por la discusión existente en torno a si la Institución Educativa Municipal El Encano y sus sedes se encuentran o no en el territorio indígena del Resguardo Indígena Quillasinga "Refugio del Sol" pues, como se expresó¹⁶⁷, al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente y de manera significativa a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio.

32.- Lo anterior, a juicio de la Sala, no conlleva al reintegro automático de los docentes desvinculados porque, como manifiesta el demandado, la Sala debe tener en cuenta que la orden de reintegro automático de los docentes desvinculados afecta los derechos de los docentes que, por haber superado el concurso público de méritos, fueron nombrados en propiedad en los cargos vacantes en la IEM El Encano. No se puede desconocer que estas personas se inscribieron al concurso de méritos con la expectativa legítima de que, en caso de superar todas sus etapas, serían nombrados en propiedad en los cargos vacantes como en efecto sucedió¹⁶⁸.

33.- En vista de lo anterior, y con el fin de lograr una armonización que no sacrifique desproporcionadamente ninguno de los derechos involucrados, la Sala ordenará al Municipio de Pasto y a su Secretaria de Educación Municipal que inicien las gestiones necesarias para reubicar a los docentes Ricardo Ernesto Calvachi Obando, Guido Olimpo Zambrano Gómez y Adriana Achicanoy Martínez quienes reemplazaron a los docentes William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega y Omaira Nathaly Noguera Narváez respectivamente. Una vez lograda la reubicación de los mencionados docentes, el Municipio de Pasto y su Secretaria de Educación Municipal deberán reintegrar a los docentes William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega y Omaira Nathaly Noguera Narváez.

Frente al cargo que era ocupado por la docente Cecilia del Carmen Bacca López la Sala no dará orden alguna pues, a pesar de lo consignado en el escrito de tutela, las pruebas que obran en el expediente indican que no laboraba en la IEM El Encano sino en la Institución Educativa Municipal Santa Lucía, entidad cuya situación no hace parte del problema jurídico planteado en el amparo solicitado¹⁶⁹.

EXPEDIENTE T-2.922.870

34.- En este asunto, Diva Lucía Zúñiga Samboní interpuso acción de tutela por la presunta violación de sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, al debido proceso, a la dignidad y a la estabilidad laboral reforzada por parte del Departamento del Cauca y su Secretaría de Educación Departamental al desvincularla, en razón de la realización del respectivo concurso de méritos, de su cargo de docente en la Integración Educativa Agropecuaria Valencia en la que se encontraba laborando en calidad de provisional. De lo anterior se deduce que, a diferencia del caso anterior, la tutela fue interpuesta por Diva Lucía Zúñiga Samboní en nombre propio y no en nombre de su comunidad indígena, por el presunto desconocimiento de sus derechos fundamentales, no los de su comunidad étnica.

35.- En lo que respecta al estudio de procedibilidad la Sala coincide con la decisión tomada por los jueces de instancia en el sentido de que la peticionaria cuenta con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el decreto mediante el cual fue desvinculada lo que hace improcedente la acción de tutela interpuesta ya que por la vía judicial ordinaria podrá atacar la legalidad del acto administrativo que la desvinculó y obtener su reintegro, que es precisamente lo que busca con el amparo solicitado. Allí podrá discutir la señora Zúñiga si el decreto que la desvinculó desconoció el decreto 3905 del 2009 en el cual se excluyó de los procesos de concurso de méritos a las personas que según la ley 790 del 2002 son pre pensionados lo que, a su juicio, debe aplicarse también a las madres cabeza de familia, calidad que afirma tener.

Adicionalmente, no encuentra la Sala ninguna razón para sostener que la vía judicial ordinaria sería ineficaz en este caso ni demuestra la petente algún perjuicio irremediable que autorice a conceder el amparo aunque sea de forma transitoria.

Por estas razones, la Sala confirmará la decisión de segunda instancia, en la cual se decidió declarar improcedente la acción de tutela impetrada por la señora Zúñiga.

36.- Aunque sólo de forma tangencial la actora hace referencia la posible violación de los derechos fundamentales de su comunidad indígena¹⁷⁰, la Sala analizará a continuación la posible trasgresión de los mismos.

De un lado la Sala encuentra que, según las pruebas que reposan en el expediente, el decreto departamental 0102 de 2010 no excluyó a la institución educativa en la que laboraba la peticionaria -Integración Educativa Agropecuaria Valencia- del listado previsto en el decreto departamental 0591 de 2009 porque, como lo explica el demandado, a pesar de la información errónea que se dio a la señora Zúñiga en un primer momento¹⁷³, el decreto departamental 0591 de 2009 nunca incluyó esta institución educativa. En efecto, de la lectura del decreto departamental 0591 de 2009 se desprende que éste sólo incluyó dos de las sedes de la Institución Educativa Agropecuaria Valencia -la Escuela Rural Municipal El Porvenir y la Escuela Rural Municipal Las Delicias- ninguna de las cuales corresponde con aquella en la cual laboraba la actora, la cual es su sede principal -Integración Educativa Agropecuaria Valencia-¹⁷⁴.

Por otro lado, la Sala resalta que la falta de inclusión en el decreto departamental 0591 de 2009 de la sede principal de la Integración Educativa Agropecuaria Valencia -en la cual laboraba la señora Zúñiga- , fue el resultado de un acuerdo logrado en el proceso de consulta previa con las autoridades tradicionales indígenas del Cauca -agrupadas en el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC)- y el Cabildo de Guambia¹⁷⁵. Este acuerdo no se puede desconocer pues, independientemente de la ubicación territorial de la institución educativa o el número de alumnos indígenas que atienda, los representantes de las comunidades indígenas del Cauca lo convinieron así con las autoridades locales mediante un proceso de consulta previa frente al cual no se hace reproche alguno.

Como se expresó, la consulta previa con los grupos étnicos es una mecanismo que busca la preservación de esas comunidades diferenciadas y de su identidad como minoría étnica y cultural a través de su participación en las decisiones que las afectan. Esta participación, además de dar legitimidad democrática a las decisiones, asegura que en la implementación de las políticas públicas se tome en cuenta el punto de vista de las comunidades étnicas respecto de la afectación que podrían tener en su identidad cultural, lo que parte de la base de que las propias comunidades son las que están en la mejor posición para defender sus intereses. Esta argumentación excluye de plano la posibilidad de que la Sala revoque los

acuerdos hechos con las autoridades locales por las comunidades indígenas pues equivaldría a negarles su autonomía y capacidad de decisión tal como se hacía antes de la Constitución de 1991 cuando se les trataba como menores de edad.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto para en su lugar CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Quillasinga en la acción de tutela instaurada a nombre suyo por Camilo Ernesto Rodríguez Quispe contra el Municipio de Pasto y su Secretaría de Educación Municipal.

Segundo.- ORDENAR al Municipio de Pasto y a su Secretaria de Educación Municipal que, dentro las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente sentencia, inicien las gestiones necesarias para reubicar a los docentes Ricardo Ernesto Calvachi Obando, Guido Olimpo Zambrano Gómez y Adriana Achicanoy Martínez quienes reemplazaron en la Institución Educativa Municipal El Encano a los docentes William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega y Omaira Nathaly Noguera Narváez respectivamente. Una vez lograda la mencionada reubicación, el Municipio de Pasto y su Secretaria de Educación Municipal deberán iniciar las acciones necesarias reintegrar, mediante nombramiento provisional, a los docentes William Armando Alpala Portillo, Ligia Margarita Ortega y Omaira Nathaly Noguera Narváez.

Tercero.- ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, expida una Directiva Ministerial en la que oriente a las entidades territoriales encargadas de reportar las vacantes de docentes y directivos docentes para los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002 en el sentido de que, en adelante, antes de reportar las vacantes en cargos de docentes o directivos docentes en instituciones educativas oficiales que atiendan población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia, el departamento,

el municipio o el distrito -según el caso- deberá convocar a una consulta previa a las comunidades indígenas con presencia en la respectiva entidad territorial con el fin de identificar criterios temporales para en qué casos estas vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002. Sólo una vez hecha la consulta previa -departamental, distrital o municipal- y definidos los criterios temporales para determinar las vacantes que deben ser excluidas de los mencionados concursos, estos podrán ser aplicados para determinar cuáles de los cargos vacantes se reportarán para el concurso público de méritos. Los cargos que queden excluidos, mientras se concluye el proceso de consulta previa que se sigue actualmente en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas, deberán ser provistos temporalmente, mediante nombramiento en provisionalidad, con respeto del artículo 62 de la ley 115 de 1994 y el artículo 12 del decreto 804 de 1995.

Cuarto.- CONFIRMAR por las razones expuestas el fallo proferido por Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán en el cual que se declaró IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por Diva Lucía Zúñiga Samboní contra el Departamento del Cauca y la Secretaría de Educación Departamental del Cauca.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Obra en el expediente copia del acta de posesión del accionante como Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga “Refugio del Sol” fechada el treinta y uno (31) de enero de 2010 (folios 21-24, cuaderno 1).

2 Obra en el expediente el acuerdo 200 del catorce (14) de diciembre de 2009, expedido por el INCODER, mediante el cual se constituye como resguardo, en beneficio de la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, un globo de terrenos baldíos de la Nación localizado en jurisdicción del Municipio de Pasto (folios 25-31, cuaderno 1).

3 Folio 75, cuaderno 1.

4 Folio 1, cuaderno 1.

5 Folio 40, cuaderno 1.

6 Folio 32 y ss, cuaderno 1.

7 Folio 39, cuaderno 1.

8 Folio 88, cuaderno 1.

9 Folio 2, cuaderno 1.

10 Obra en el expediente certificación emitida por las Autoridades del Cabildo Indígena Quillasinga en este sentido (folio 41, cuaderno 1).

11 Folio 33-35, cuaderno 1.

12 Folio 79, cuaderno 1.

13 Folio 2, cuaderno 1.

14 Folio 2, cuaderno 1.

15 Folios 42-45, cuaderno 1.

16 Folios 2 y 3, cuaderno 1.

17 Folio 13, cuaderno 1.

18 Folio 17, cuaderno 1.

19 Folio 59, cuaderno 1.

20 Folio 59, cuaderno 1.

21 Folio 135, cuaderno 1.

22 En el expediente obran las resoluciones de nombramiento en provisionalidad de los docentes anotados (folios 82-87, cuaderno 1).

23 Folios 88-94, cuaderno 1.

24 Folio 76, cuaderno 1.

25 Folio 77, cuaderno 1.

26 Folio 78, cuaderno 1.

27 Folio 77, cuaderno 1.

28 Folio 97, cuaderno 1.

29 Folio 103, cuaderno 1.

30 Folio 105, cuaderno 1.

31 Folios 107 y 113, cuaderno 1.

32 Folio 130, cuaderno 1.

33 Folio 129 y 130, cuaderno 1.

35 Folio 147, cuaderno 1.

36 Folio 26, cuaderno 2.

37 Folio 27, cuaderno 2.

38 Folio 27, cuaderno 2.

39 Folio 29, cuaderno 2.

40 Folio 28, cuaderno 2.

41 Folios 24-25, cuaderno principal.

42 Folios 119-149, cuaderno principal.

43 Folio 98, cuaderno principal.

44 Folios 101-117, cuaderno principal.

45 Folio 23, cuaderno 1.

46 Folios 37 y 38, cuaderno 1.

47 Folios 16-17, cuaderno 1.

48 Folio 18, cuaderno 1. De las pruebas que obran en el expediente no es posible determinar desde que fecha ni la modalidad de vinculación.

49 Folio 18, cuaderno 1. De las pruebas que obran en el expediente no es posible determinar hasta cuando.

50 Folio 19, cuaderno 1.

51 Folio 21, cuaderno 1.

52 Folios 2-6, cuaderno 1.

53 Folios 22 y 74-78, cuaderno 1.

54 Folios 81-113, cuaderno 1.

55 Folio 39, cuaderno 1.

56 Folio 28, cuaderno 1.

57 Folios 120-145, cuaderno 1.

58 Folio 135, cuaderno 1.

59 Folio 40, cuaderno 1.

60 Folios 58 y 143-145, cuaderno 1.

61 Folio 12, cuaderno 1.

62 Folio 14, cuaderno 1.

63 Folio 15, cuaderno 1.

64 Folio 12, cuaderno 1.

65 Folio 36, cuaderno 1.

66 Folios 7-10, cuaderno 1.

68 Folio 40, cuaderno 1.

69 Folio 42, cuaderno 1.

70 Folio 48, cuaderno 1.

71 Folios 50-51 y 102, cuaderno 1.

72 Folios 49 y 79-80, cuaderno 1.

73 Folio 52, cuaderno 1.

74 Folio 68, cuaderno 1.

75 Folio 57, cuaderno 1.

76 Folio 57, cuaderno 1.

77 Folio 56, cuaderno 1.

78 Folios 181-182, cuaderno 1.

79 Folio 192, cuaderno 1.

80 Folio 190, cuaderno 1.

81 Folio 10, cuaderno 2.

82 Folio 11, cuaderno 2.

83 Sentencia T-380 de 1993. Reiterada en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, entre otras.

84 Sentencia T-154 de 2009. Reiterada en la sentencia T-769 de 2009.

85 Sentencia T-380 de 1993. Reiterada en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, entre otras. En similar sentido las sentencias T-154 de 2009.

86 Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009, entre otras.

87 Sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-382 de 2006, T-880 de 2006, entre otras.

88 Sentencia T-652 de 1998.

89 Sentencia C-208 de 2007.

90 Sentencia SU383 de 2003.

91 Al respecto ver sentencias SU-383 de 2003, C-620 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, entre otras.

92 Sentencia C-175 de 2009.

93 Ibídem.

94 Mandatos que han sido desarrollados por la ley en diversos aspectos. Al respecto ver sentencia SU-383 de 2003.

95 Ratificado por Colombia mediante la ley 21 de 1991.

96 Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-382 de 2006, C-750 de 2008, C-175 de 2009 y C-615 de 2009, entre otras.

97 Sentencias SU039 de 1997, T-652 de 1998, SU383 de 2003, T-382 de 2006 y T-769 de 2009, entre otras.

98 Sentencia SU-039 de 1997. Reiterada en las sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003 y T-769 de 2009.

99 "1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio".

100 Sentencia SU-383 de 2003.

101 Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-769 de 2009, entre otras.

102 Sentencia T-382 de 2006.

103 Sentencias C-750 de 2008, C-615 de 2009 y C-608 de 2010.

104 En la sentencia C-702 de 2010 esta Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos que gozan de personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas por no haber surtido el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. El Magistrado Humberto Sierra Porto salvó su voto por las siguientes razones: (1) En primer lugar, considera que la posición de la mayoría constituye una clara muestra de que el ejercicio de la competencia del control de constitucionalidad sobre los actos legislativos carece de parámetros normativos, pues el texto constitucional definitivamente ha perdido tal función y prima el entendimiento que tengan las mayorías momentáneas al interior de la Corporación sobre qué es Constitución, es decir, el control de las reformas constitucionales se ha transformado en un control político y ha dejado de ser un control jurídico. (2) Esta decisión crea una nueva categoría de vicios en materia de control de las reformas constitucionales, es decir, además de los vicios formales y de los vicios de sustitución a la Constitución, a partir de esta decisión puede entenderse que en el trámite de los actos legislativos pueden presentarse vicios formales de entidad sustancial, es decir, lo que en materia del control de procedimiento legislativo se ha denominado precisamente vicios de competencia, categoría que a su vez plantea importantes problemas conceptuales. (3) Esta nueva categoría conlleva a que se pueda extender a las reformas constitucionales la tesis sentada en materia del control de las leyes según la cual esta modalidad de vicios es insaneable y por lo tanto la acción pública no tiene un término de caducidad.

105 Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008, C-750 de 2008, C-175 de 2009 y T-769 de 2009.

106 Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en la sentencia C-461 de 2008. En el mismo sentido, la sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, C-175 de 2009 y T-769 de 2009.

107 Ibídem.

108 Ibídem. En el mismo sentido, sentencias T-880 de 2006 y T-769 de 2009.

109 Ibídem. En similar sentido la sentencia C-175 de 2009.

110 Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias T-880 de 2006, T-652 de 1998, C-030 de 2008 y T-769 de 2009, entre otras.

111 Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido las sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, T-154 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

112 Sentencia C-461 de 2008.

113 Sentencia C-891 de 2002. En el mismo sentido las sentencias T-382 de 2006, T-880 de 2006, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

114 Sentencia C-030 de 2008. En el mismo sentido, las sentencias SU-039 de 1997, T-562 de 1998, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

115 Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias C-030 de 2008, C-461 de 2008 y T-769 de 2009, entre otras.

116 Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido las sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, T-154 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, en otras.

117 Sentencia C-891 de 2002

118 Ibídem. En el mismo sentido, las sentencias T-652 de 1998, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y T-769 de 2009, entre otras.

119 Ibídem. En el mismo sentido la sentencia SU-039 de 1997.

120 Sentencia C-030 de 2008. En similar sentido, las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-891 de 2002, T-382 de 2006, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre

otras.

121 *Ibídem*. En el mismo sentido las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-880 de 2006, T-154 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

122 *Ibídem*.

123 En este sentido la sentencia C-461 de 2008.

124 Al respecto la sentencia T-832 de 2006.

125 Sentencia C-615 de 2009.

126 Sentencia C-030 de 2008.

127 Sentencia C-461 de 2008. En el mismo sentido, la sentencia C-175 de 2009.

128 Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 23. E/CN.4/2005/88.

129 Sentencia C-208 de 2007.

130 Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 15. E/CN.4/2005/88.

131 *Ibídem*, párrafo 41. E/CN.4/2005/88.

132 Sentencia C-208 de 2007.

133 El capítulo III de la ley 115 de 1994 desarrolla lo relativo a la educación para grupos étnicos.

135 Artículo 56.

136 Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 14. E/CN.4/2005/88.

137 Sentencia T-533 de 2009. En el mismo sentido, las sentencias T-236 de 1994, T-1227 de 2005 y T-805 de 2007, entre otras.

138 Párr. 1.

139 Para una explicación detallada sobre la jurisprudencia en torno al carácter fundamental del derecho a la educación ver la sentencia T-533 de 2009.

140 “Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”.

141 En este sentido la sentencia C-208 de 2007.

142 Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 48. E/CN.4/2005/88.

143 Reglamentado por el capítulo II del decreto 804 de 1995 (artículos 5-9).

144 Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los

pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 52. E/CN.4/2005/88.

145 *Ibidem*, párrafo 45.

146 *Ibidem*, párrafo 53.

147 *Ibidem*, párrafo 68.

148 “Artículo 10. Para los efectos previstos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, son autoridades competentes de las comunidades de los grupos étnicos para concertar la selección de los docentes con las autoridades de las entidades territoriales, las siguientes:

a) El Consejo de Mayores y/o las que establezcan las organizaciones de las comunidades que integran la Comisión Consultiva Departamental o Regional, con la asesoría de las

organizaciones representativas y de los comités de etnoeducación de las comunidades negras y raizales, y

b) Las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, con la asesoría de sus organizaciones y/o de los comités de etnoeducación de la comunidad, donde los hubiere.

149 Artículo 62, ley 115 de 1994.

150 Artículo 63, ley 115 de 1994.

151 Artículo 8, decreto 804 de 1995.

153 Artículo 15, decreto 804 de 1995.

154 Artículo 16, decreto 804 de 1995.

155 Artículo 19, decreto 804 de 1995.

156 Artículo 20, decreto 804 de 1995.

157 Folio 25, cuaderno principal.

158 Sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-154 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

159 Obra en el expediente el acuerdo 200 del catorce (14) de diciembre de 2009, expedido por el INCODER, mediante el cual se constituye como resguardo, en beneficio de la comunidad indígena Quillasinga "Refugio del Sol", un globo de terrenos baldíos de la Nación localizado en jurisdicción del Municipio de Pasto (folios 25-31, cuaderno 1).

160 Sentencia C-208 de 2007.

161 Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009, entre otras.

162 Obra en el expediente copia del acta de posesión del accionante como Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga "Refugio del Sol" fechada el treinta y uno (31) de enero de 2010 (folios 21-24, cuaderno 1).

163 Folio 123, cuaderno principal.

164 Folios 102 y 120, cuaderno principal.

165 Folios 102 y 123, cuaderno principal.

166 Folios 102 y 120, cuaderno principal.

167 Sentencia SU-383 de 2003.

168 Folio 79, cuaderno 1.

169 Folios 82, 92 y 97, cuaderno 1.

170 Folio 40, cuaderno 1.

171 Folio 12, cuaderno 1.

172 Folio 36, cuaderno 1.

173 Folio 28, cuaderno 1.

174 Folio 102, cuaderno 1.

175 Folios 81-113, cuaderno 1.