

Sentencia T-907/11

IDENTIDAD E INTEGRIDAD ETNICA, CULTURAL, SOCIAL Y ECONOMICA DE COMUNIDAD INDIGENA-Ámbitos de protección

Es evidente la garantía que la Constitución y el bloque de constitucionalidad le brindan al derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. En consecuencia, las autoridades se encuentran en la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de interferir en asuntos particulares que sólo concierne a la esfera de gobierno de la comunidad.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA EDUCACION DE COMUNIDADES INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA EDUCACION ESPECIAL DE COMUNIDADES INDIGENAS-Carácter fundamental

La implementación de un sistema especial para la educación de las comunidades indígenas es un derecho fundamental no sólo de la colectividad sino también de sus miembros, además, es una consecuencia de la garantía del respeto a su identidad. Es por ello que el Estado debe garantizar un modelo de sistema educativo congruente con sus manifestaciones culturales y forma de vida. De igual manera, el ingreso y la administración de dicho sistema educativo debe hacerse en concertación con los miembros de las comunidades indígenas. En efecto, es a través de la educación, que los bienes inmateriales de una cultura se transmiten de una generación a otra, y es por medio de aquella que se asegura la supervivencia de las etnias en su condición de entidades jurídicas y sociales con autonomía e identidad propia.

SELECCION DE EDUCADORES EN TERRITORIOS OCUPADOS POR GRUPOS ETNICOS-Debe efectuarse a través del mecanismo de la concertación entre los voceros de las comunidades indígenas y las autoridades encargadas de administrar el servicio público de educación

DERECHO AL AUTOGOBIERNO DE COMUNIDADES INDIGENAS-Derecho a la designación en propiedad de docentes que han sido seleccionados en forma concertada

La elección de los docentes debe realizarse en concertación con tales grupos, y prefiriendo

escogerlos entre los miembros de las comunidades en ellas radicados; debiendo verificar además que dichos educadores acrediten formación en etnoeducación y posean conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano (art. 62). Es decir, hasta tanto no se expida tal normatividad, el nombramiento en propiedad se hará con base en los criterios consagrados en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, por ello, deberá realizarse (i) una selección concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos, (ii) una preferencia de los miembros de las comunidades que se encuentran radicados en ellas, (iii) acreditación de formación en etnoeducación y (iv) conocimientos básicos del respectivo grupo étnico. Una vez se presenta el cumplimiento de estos requisitos, la comunidad indígena y los docentes tienen el derecho a que se proceda al nombramiento en propiedad.

ETNOEDUCADORES-Docentes vinculados en provisionalidad deben ser nombrados en propiedad como docentes indígenas oficiales

Acciones de Tutela instauradas por Inty Wayna Chikanqana como representante del Resguardo KAKIONA, Municipio de Almaguer, Departamento del Cauca contra la Gobernación del Cauca; Carmen María Álvarez Montes contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo; Julio César Otero Hernández contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; Johanny Villadiego Parra contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; Ibeth Beatriz Paternina Romero contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; Olga María Benítez Vergara contra Alcaldía Municipal de Sincelejo y Geomar María Payares Lara contra Alcaldía Municipal de Sincelejo.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., primero (1) de diciembre de dos mil once (2011)

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil- Familia-Laboral, en el trámite de la acción de tutela incoada por Inty Wayna Chikanqana como Gobernador y representante del Resguardo KAKIONA, Municipio de Almaguer, Departamento del Cauca contra la Gobernación del Cauca; (ii) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en el trámite de la acción de tutela incoada por Carmen María Álvarez Montes contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo; (iii) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en el trámite de la acción de tutela incoada por Julio César Otero Hernández contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; (iv) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en el trámite de la acción de tutela incoada por Johanny Villadiego Parra contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; (v) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en el trámite de la acción de tutela incoada por Ibeth Beatriz Paternina Romero contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; (vi) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en el trámite de la acción de tutela incoada por Olga María Benítez Vergara contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; y, (vii) el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en el trámite de la acción de tutela incoada por Geomar María Payares Lara contra Alcaldía Municipal de Sincelejo.

Los expedientes T- 2.595.302 – T-2.595.303– T- 2.595.306 – T- 2.595.316 – T- 2.595.318 – T- 2.595.297 y 2.567.775 fueron seleccionados y acumulados por presentar unidad de materia, para ser fallados en una sola sentencia.

En consecuencia, la Sala procede a exponer los antecedentes, pruebas y la decisión judicial de cada uno de los expedientes:

1. ANTECEDENTES

1. EXPEDIENTE T- 2567775

1. Solicitud

El peticionario Inty Wayna Chikanqana, representante legal del Resguardo Indígena KAKIONA, interpuso acción de tutela por considerar vulnerados los derechos fundamentales colectivos a mantener una singularidad como pueblos indígenas, a la educación especial que conserve y desarrolle su identidad cultural, a su determinación y a la consulta previa, así como también el derecho fundamental de los niños indígenas a la educación especial, presuntamente vulnerados por la Secretaría de Educación del Cauca, según los hechos que a continuación son resumidos:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta el accionante que la Secretaría de Educación del Cauca en concertación con la autoridad tradicional del resguardo KAKIONA, conforme a los parámetros de la Ley 115 de 1994 y su Decreto reglamentario N° 804 de 1995, nombró a 20 docentes en provisionalidad para laborar en dicho resguardo.

1. Señala que el nombramiento en provisionalidad se debió a una incorrecta interpretación de la nueva Ley 715 de 2001, que modificó la generalidad del sistema educativo, pero que no derogó ni modificó ninguno de los artículos del Título III, Capítulo 3° de la Ley 115 de 1994; por lo que ésta y su decreto reglamentario continúan vigentes.

1. Argumentos jurídicos de la tutela

1. Indica el representante del resguardo KAKIONA, que en el presente caso, no puede aplicarse la provisionalidad creada por el parágrafo del artículo 24 de la Ley 715 de 2001 a los nombramientos de docentes y directivos docentes en los pueblos indígenas, sino que se debe aplicar la Ley 115 de 1994 en su artículo 62 y su Decreto reglamentario, pues precisamente estos son de carácter especial, ya que se refieren a los grupos étnicos y en específico a los pueblos indígenas.

1. Resalta el accionante que todos los nombramientos son actos administrativos del Ejecutivo Departamental, los cuales deben ser consultados con los representantes de los grupos étnicos, conforme al artículo 6 del Convenio Internacional N° 169 de la OIT.

1. Expresa el accionante que la dirigencia nacional indígena en Colombia data desde la promulgación de la Ley 1278 de 2002, elaborando todo un SISTEMA EDUCATIVO INDÍGENA PROPIO "SEIP", en el cual incluyen el Estatuto Docente para los docentes, directivos y administrativos que laboran en los establecimientos educativos de los territorios indígenas, resaltándoles que para que este sistema pueda ser legal, está sujeto al mecanismo de la concertación, primero del "CONSEJO NACIONAL DE TRABAJO Y CONCERTACIÓN PARA LA EDUCACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS "CONTCEPI" con el Estado y luego a la CONSULTA PREVIA" del Estado con la totalidad de las comunidades indígenas existentes en el país, resaltando que "no es justo que mientras se de todo este proceso dichos docentes sigan en provisionalidad".

1. Concluye que, aceptar los concursos destruye la autonomía, la libre determinación, los usos y costumbres y la singularidad indígena, que les permite gozar de la especial protección constitucional, pues se verán obligados a aceptar a los docentes que ganen el concurso, corriendo el riesgo de que muchos no sean indígenas y no conozcan sus costumbres y cultura, lo que les impedirá aportar conocimiento al alumnado acorde a su identidad cultural. Así mismo, mediante los concursos, los cuales pueden no ser aprobados por los indígenas, se afecta gravemente "el Derecho Mayor Indígena", cuyas leyes de origen establecen la

obligación de las autoridades de no permitir que se pierda la identidad étnica y cultural de sus descendientes.

1. Reseña la Sentencia T-523 de 1997, en la que la Corte expresa que los pueblos indígenas para preservar su cultura pueden oponerse a la práctica de figuras extrañas a su cosmovisión, como es el caso de los concursos para elegir líderes, pues sería renunciar a sus tradiciones y valores.

1. Traslado y contestación de la demanda

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Tercero de Familia del Circuito Judicial de Popayán, corrió traslado de la misma a la Gobernación del Cauca –Secretaría de Educación Departamental, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

La Gobernación del Cauca –Secretaría de Educación contestó la acción de tutela, oponiéndose a las pretensiones elevadas por el actor.

Sustenta su escrito de contestación en el artículo 125 constitucional, los artículos 105 y 107 de la Ley 115 de 1994, la Ley 190 de 1995, la Ley 909 de 2004 y en los artículos 7, 8 y 9 del Decreto 1278 de 2002. Manifiesta que mediante la Ley 115 de 1994 se definió que el ingreso al servicio educativo público debe realizarse a través de concurso, en desarrollo de las reglas contenidas en el artículo 125 constitucional, y, que el Decreto reglamentario 804 de 1995 reitera que la educación para grupos étnicos hace parte del servicio público educativo que se sustenta en un compromiso de elaboración colectiva para la comunidad.

También expresa que la administración ya ha señalado las bases del concurso, convirtiéndose éstas en reglas particulares obligatorias que se encuentran debidamente reguladas, por lo que no se puede actuar discrecionalmente en la realización de las selecciones, so pena de incurrir en falta a la buena fe, violación de los principios que rigen la actividad administrativa, debido proceso, igualdad, entre otros.

Por último, la accionada expresa que no se debe acceder a la pretensión del accionante,

debido a que ésta va en contravía de los lineamientos esgrimidos por la normatividad vigente para el ingreso a la carrera administrativa, establecido en el Acto Legislativo 01 de 2001, reglamentado por la Ley 715 de 2001 y el decreto reglamentario 3020 de 2002.

1. Sentencia de primera instancia

En sentencia proferida el veintitrés (23) de noviembre de 2009, el Juzgado Tercero de Familia del Circuito Judicial de Popayán negó la solicitud de amparo de los derechos invocados por la tutelante, al considerar que la acción es improcedente por no existir conducta violatoria de parte de la accionada, debido a que los requisitos para acceder a docente y directivo docente se encuentran regulados por la normatividad referida por la Secretaría de Educación. Además, considera que el accionante confunde la naturaleza y alcance de la acción de tutela, omitiendo que cuenta con otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos de la comunidad.

1. Sentencia de Segunda Instancia

En sentencia proferida el veinte (20) de enero de 2010, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Sala Civil-Familia-Laboral, confirmó la providencia impugnada por no existir inmediatez entre los hechos y la presentación de la tutela, pues el primer nombramiento en provisionalidad por parte de la Gobernación del Cauca se efectuó en el 2003, mientras que la solicitud de protección constitucional se interpuso hasta noviembre de 2009; sin embargo, la Sala manifestó no estar de acuerdo con los planteamientos de la Secretaría de Educación, pues considera que ésta incurre en error al pretender someter a concurso los cargos de docentes y directivos de instituciones educativas de los resguardos indígenas, al ser improcedente la aplicación de la normatividad general a un grupo social objeto de especial protección constitucional.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Copia del listado de docentes avalados por la comunidad indígena.

1. Copia de la respuesta de la Secretaría de Educación del Cauca a Inty Wayna Chikanqana.

1. Copia del derecho de petición interpuesto por Inty Wayna Chikanqana ante la Gobernación del Departamento del Cauca.

1. Copia de la relación de docentes y directivos docentes avalados por la comunidad del Resguardo Indígena Kakiona.

1. Copia del acta de posesión de las autoridades del Cabildo Indígena Yanacona de Kakiona, Municipio de Almaguer Cauca para el periodo del año 2009.

1. Copia de la certificación de constitución y reconocimiento del Resguardo Indígena Kakiona.

1. Copia del Decreto 804 de 1995.

1. Copia de la Ley 115 de febrero 8 de 1994.

1. Copia de la Sentencia C-208 de 2007.

1. Escrito de contestación de tutela.

1. EXPEDIENTE T- 2595302

1. Solicitud

La señora Carmen María Álvarez Montes solicita al juez de tutela el amparo de su derecho fundamental a la igualdad, presuntamente vulnerado por la Alcaldía de Sincelejo Sucre. La acción de tutela se funda en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Expuso la accionante que es miembro del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba, Cabildo Menor Indígena del Cerrito de la Palma, zona rural de Sincelejo, Sucre.

1. Que por convocatoria de su Capitán, el 28 de mayo de 2009 se reunió el Consejo de Mayores de esa parcialidad y ratificaron a Danith María Monroy Pineda como docente de la institución Educativa San Martín del Municipio de Sincelejo, quien actualmente se encuentra desempeñando el cargo en provisionalidad en la jurisdicción indígena de la Institución

Educativa nombrada.

1. Que el Municipio de Sincelejo mediante Decreto 157 de 2001, nombró sin que haya habido concurso alguno, a Holmes Augusto Gómez Palencia como docente en propiedad de la Institución Educativa Cerro del Naranjo de Sincelejo, dando cumplimiento a la Ley 115 de 1994 y al Decreto 804 de 1995.

1. Busca la actora el amparo del derecho a la igualdad, por cuanto, debido a que cuenta con las mismas condiciones que el señor Gómez Palencia, pues es miembro del resguardo indígena, y a pesar de haber elevado peticiones y consultas verbales a la administración municipal para su vinculación en el cargo de docente municipal etnoeducadora, como lo fue el señor Holmes Augusto Gómez Palencia, éstas han sido infructuosas.

1. También expresa que, a medida que pasa el tiempo y los fallos judiciales hacen nombramientos en las plazas indígenas, ella puede quedar sin trabajo, sin el sustento de su familia y sin ejercer su profesión.

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Sincelejo-Sucre corrió traslado de la misma a la Alcaldía de Sincelejo, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

La accionada contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora.

Sustenta su escrito de contestación en que la docente Carmen María Álvarez Montes se encuentra vinculada a la Institución Educativa Cerrito de la Palma, por lo cual no se le está violando su derecho al trabajo. Además, manifiesta que el Decreto 157 de 2001, por el que se nombró en propiedad al docente Holmes Augusto Gómez Palencia, fue demandado por la

administración en acción simple de nulidad, la cual se tramita ante el Tribunal Administrativo de Sucre.

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Civil Municipal de Sincelejo Sucre, en fallo del veintidós (22) de septiembre de 2009, negó el amparo, argumentando que en ausencia de un estatuto especial que regule lo concerniente a la vinculación de los etnoeducadores, ha de estarse a los preceptos generales contenidos en la Ley General de Educación-Ley 115 de 1994. Agrega que no se puede proteger el derecho a la igualdad invocado por la accionante, pues el sustento de este es un acto administrativo arbitrario, contrario a la Constitución y a la ley.

Estimó igualmente el fallador que no se vislumbra una violación al mínimo vital, pues la petente actualmente se encuentra laborando en la Institución Técnico Agropecuaria Cerrito de la Palma-Sede Principal de Sincelejo, Sucre.

1. Sentencia de Segunda Instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante fallo proferido el tres (03) de noviembre de 2009, revocó la sentencia de primera instancia argumentando que, si bien la Ley 115 de 1994 reguló en sus artículos 55 a 63 lo relativo a la Educación para Grupos Étnicos, y en forma especial en el inciso segundo del artículo 61 se establece 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”, el Estatuto Docente nada dijo sobre los etnoeducadores, en consecuencia, debe acogerse la normatividad especial contenida en el Decreto 804 de 1995, posterior a la Ley 115, “por medio de la cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos”, y que en su artículo 12 excepciona el requisito del concurso.

Adicionalmente manifestó que, aunque se acreditó la presentación de la demanda contra el

acto administrativo de nombramiento del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, el despacho conoció que esta fue rechazada por caducidad, lo cual fue apelado y se encontraba para su trámite, condición que demuestra que dicho acto sigue en el mundo jurídico produciendo la vulneración al derecho a la igualdad de la accionante.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Copia del Decreto 193 de 2000.

1. Copia del nombramiento de Holmes Augusto Gómez Palencia como trabajador de tiempo completo municipal en la Escuela Rural del Cerro del Naranjo.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia del comunicado de prensa 12 de la Corte Constitucional.

1. Copia del Decreto 804 de 1995.

1. Certificado de pertenencia al Cabildo Menor de Cerrito de la Palma de Carmen María Álvarez Montes.

1. Copia del Diploma de Normalista Superior en Etnoeducación otorgado por la Escuela

Normal Superior Santa Teresita a Carmen María Álvarez Montes.

1. Copia del acta de graduación como Normalista Superior en Etnoeducación de Carmen María Álvarez Montes.

1. Acta de selección de docentes del Cabildo Menor de Cerrito de la Palma.

1. Copia del certificado de asistencia y participación en el seminario regional educativo “Encuentro con las Raíces”, otorgado a Carmen María Álvarez Montes.

2. Contestación de la acción de tutela.

1. Copia del Decreto 0358 de 2009.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia del certificado laboral del señor Holmes Augusto Gómez Palencia.

1. Copia de la revocatoria del Decreto 157 de 2001, “por medio del cual se nombra a un docente de nómina municipal”, donde se le manifiesta al señor Holmes Augusto Gómez Palencia la necesidad de su consentimiento expreso para la revocatoria directa del acto administrativo en mención.

1. Copia de la respuesta emitida por el señor Holmes Augusto Gómez Palencia a la Alcaldía de Sincelejo, donde manifiesta que de hacerse efectiva la revocatoria, se estaría incurriendo en una vía de hecho susceptible de amparo constitucional a través de la acción de tutela.

1. Copia de la Sentencia C-588 de 2009.

1. Copia de la Sentencia del 17 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en su sala Civil-Familia-Laboral.

1. EXPEDIENTE T- 2595316

1. Solicitud

El señor Julio Cesar Otero Hernández interpuso acción de tutela contra la Alcaldía de Sincelejo. Pretende que se ampare su derecho constitucional a la igualdad, en su parecer vulnerado por la accionada, con fundamento en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Expuso el accionante que es miembro del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba, Cabildo Menor Indígena del Cerrito de la Palma, zona rural de Sincelejo, Sucre.

1. Que por convocatoria de su Capitán, se reunió el Consejo de Mayores de esa parcialidad, y entre varios docentes que presentaron la hoja de vida, fue elegido para que prestara sus servicios en la institución Educativa Técnico Agropecuaria Cerrito de la Palma, para que continuara con la labor de docente que venía desempeñando desde el 2006.

2. Que el Municipio de Sincelejo mediante Decreto 157 de 2001, nombró sin que haya habido concurso alguno, a Holmes Augusto Gómez Palencia como docente en propiedad de la Institución Educativa Cerro del Naranjo de Sincelejo, dando cumplimiento a la Ley 115 de 1994 y al Decreto 804 de 1995.

1. Busca el actor el amparo del derecho a la igualdad, por cuanto, a pesar de tener las mismas condiciones que el señor Gómez Palencia para ser miembro del resguardo indígena, y a pesar de haber elevado peticiones y consultas verbales a la administración municipal para su vinculación en el cargo de docente municipal etnoeducador, como lo fue el señor Holmes Augusto Gómez Palencia, éstas han sido infructuosas.

1. También expresa que, a medida que pasa el tiempo y los fallos judiciales hacen nombramientos en las plazas indígenas, él puede quedar sin trabajo, sin el sustento de su familia y sin ejercer su profesión.

1. Traslado y contestación de la demanda

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo-Sucre, corrió traslado de la misma a la Alcaldía de Sincelejo, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

La accionada contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por el actor.

Sustenta su escrito de contestación en que no se puede amparar el derecho a la igualdad del

accionante, tomando como sustento la situación del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, debido a que el acto administrativo contenido en el Decreto 157 de 2001, por el que se nombró en propiedad como docente, es contrario a la Constitución y a la Ley, pues está falsamente motivado, considerando “que el Decreto 804 en su artículo 12 exonera de concurso para ser vinculado como docente en propiedad y prestar el servicio educativo en sus respectivas comunidades”, y que la Constitución de 1991 en su artículo 125 establece que los empleados de los órganos y las entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Los funcionarios cuyo sistema no haya sido determinado por la Constitución o por la Ley, serán nombrados por concurso público...” es decir, que las excepciones al concurso deben ser determinadas por la Ley y no por el Decreto reglamentario 804 de 1995, que se expidió para reglamentar la educación para los grupos étnicos y no para el ingreso de docentes etnoeducadores en propiedad. Por tal razón, no se puede amparar el derecho a la igualdad del accionante, porque se estaría ordenando a la administración nombrar docentes de manera ilegal e inconstitucional.

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo, mediante fallo proferido el dieciocho (18) de septiembre de 2009, declara improcedente la acción impetrada, debido a que los argumentos que esgrime el actor no son suficientes para que el operador judicial considere que existe perjuicio irremediable, pues el hecho de que se haya nombrado a un docente indígena sin concurso, dándole un trato preferencial frente a los otros docentes, no implica que se tenga que obligar a la entidad que lo nombró a que siga teniendo el mismo trato con otros docentes, pues el acto administrativo de nombramiento se fundamentó en una falsa motivación, incumpliendo los requisitos que para ello estipula la normatividad legal vigente.

Además, considera que no puede el accionante alegar que se le está causando un perjuicio irremediable, ya que en el libelo se refirió a unos supuestos de hecho que estarán por venir,- el destierro inminente, suspensión de los estudios de sus hijos, afectación de la estabilidad de su núcleo familiar- y, sería absurdo que las acciones constitucionales procedieran “prediciendo corazonadas, pálpitos, presentimientos o augurios”.

1. Sentencia de segunda instancia

Mediante fallo del trece (13) de noviembre de 2009, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo revocó la sentencia de primera instancia, argumentando que si bien la Ley 115 de 1994 reguló en sus artículos 55 a 63 lo relativo a la Educación para Grupos Étnicos, y en forma especial en el inciso segundo del artículo 61 se establece 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”, el Estatuto Docente nada dijo sobre los etnoeducadores, en consecuencia, debe acogerse la normatividad especial contenida en el Decreto 804 de 1995, posterior a la Ley 115, “por medio de la cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos”, y que en su artículo 12 excepciona el requisito del concurso.

Adicionalmente manifestó que, aunque se acreditó la presentación de la demanda contra el acto administrativo de nombramiento del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, el despacho conoció que esta fue rechazada por caducidad, lo cual fue apelado y al momento de la interposición del amparo, se encontraba para su trámite, condición que demuestra que dicho acto sigue en el mundo jurídico produciendo la vulneración al derecho a la igualdad del accionante.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes:

1. Copia del Decreto 193 de 2000.

1. Copia del nombramiento de Holmes Augusto Gómez Palencia como profesor de tiempo completo en la Escuela del Cerro del Naranjo.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia de la Sentencia C-208 de 2007.

1. Certificado de pertenencia al Cabildo Menor de Cerrito de la Palma del señor Julio Cesar Otero Hernández.

1. Copia del Diploma de Licenciado en Educación Física otorgado al señor Julio Cesar Otero Hernández.

1. Copia del acta de grado como Licenciado en Educación Física otorgado al señor Julio Cesar Otero Hernández.

1. Copia del Certificado de asistencia del señor Julio Cesar Otero Hernández al seminario "Encuentro con las Raíces".

1. Acta de selección de docentes-Cabildo Menor de Cerrito de la Palma.

1. Respuesta de la accionada a la demanda de tutela.

1. Copia de la Sentencia C-558 de 2009.

1. Copia de la Sentencia del 17 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo-Sala III Civil-Familia-Laboral.

1. Copia de la acción simple de nulidad interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Sucre por la Alcaldía de Sincelejo.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia del certificado laboral del señor Holmes Augusto Gómez Palencia.

1. Copia de la revocatoria del Decreto 157 de 2001, “por medio del cual se nombra a un docente de nómina municipal”, donde se le manifiesta al señor Holmes Augusto Gómez Palencia la necesidad de su consentimiento expreso para la revocatoria directa del acto administrativo en mención.

1. EXPEDIENTE T- 2595297

1. Solicitud

La señora Johanny Villadiego interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la igualdad. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Relata la accionante que la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) dispuso que, la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos, debería llevarse a cabo de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a estos grupos; así mismo, en la Sentencia C-208 de 2007 la Corte señaló que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la ley general de educación y sus respectivos decretos reglamentarios.

1. Señala que es miembro de un Resguardo Indígena, y que debido a que el Consejo de Mayores en Asamblea General eligió a unos docentes para que se nombraran en propiedad para atender niños y jóvenes de la etnia Zenú, entre los cuales se encontraba ella, actualmente se encuentra laborando en la Institución Educativa San Martín, ubicada en la zona rural de Sincelejo, la cual se encuentra certificada por el Ministerio de Educación Nacional como perteneciente a la jurisdicción indígena.

1. Manifiesta que el Municipio de Sincelejo, mediante Decreto 157 de 2001, nombró a Holmes Augusto Gómez Palencia como docente en propiedad en la Institución Educativa Cerro del Naranjo de Sincelejo, sin haber presentado concurso de mérito, dando cumplimiento a la Ley 115 de 1994 y al Decreto 804 de 1995.

1. Busca la actora el amparo del derecho a la igualdad, por cuanto, a pesar de tener las mismas condiciones que el señor Gómez Palencia para ser miembro del resguardo indígena, y a pesar de haber elevado peticiones y consultas verbales a la administración municipal para su vinculación en el cargo de docente municipal etnoeducadora, como lo fue el señor Holmes Augusto Gómez Palencia, éstas han sido infructuosas.

1. Aduce que como consecuencia de los sucesivos nombramientos en las plazas indígenas mediante fallos judiciales, se está generando en un futuro su destierro inminente.

1. Traslado y contestación de la demanda

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo-Sucre corrió traslado de la misma a la Alcaldía de Sincelejo, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

La accionada contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora.

Sustenta su escrito de contestación en que la actual Administración Municipal nunca ha nombrado en propiedad unilateralmente docentes etnoeducadores, y que sólo lo hará cuando se efectúe el respectivo concurso; que si bien a través de la acción de tutela en algunos casos se ha ordenado el nombramiento de docentes, en segunda instancia se ha declarado la improcedencia de otras acciones constitucionales incoadas en el mismo sentido.

Agrega que no se puede amparar el derecho a la igualdad del accionante, tomando como sustento la situación del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, debido a que el acto administrativo contenido en el Decreto 157 de 2001, por el que se nombró en propiedad como docente, es contrario a la Constitución y a la Ley.

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo, en fallo del veinticinco (25) de septiembre de 2009, decidió negar la acción, argumentando que no es procedente nombrar a la accionante como docente, pues ésta tiene que presentarse a un concurso de méritos y superarlo, tal como lo establece la ley.

Además, manifiesta que no se evidencia la afectación al mínimo vital alegado por la peticionaria, pues ésta se encuentra trabajando en la Institución Educativa Cerrito de la

Palma, por lo que de plano debe descartarse la viabilidad de la acción como mecanismo transitorio.

1. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, en fallo del cinco (5) de noviembre de 2009, revocó la sentencia de primera instancia, argumentando que si bien la Ley 115 de 1994 reguló en sus artículos 55 a 63 lo relativo a la Educación para Grupos Étnicos, y en forma especial en el inciso segundo del artículo 61 se establece 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”, el Estatuto Docente nada dijo sobre los etnoeducadores, en consecuencia, debe acogerse la normatividad especial contenida en el Decreto 804 de 1995, posterior a la Ley 115, “por medio de la cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos”, y que en su artículo 12 excepciona el requisito del concurso.

Adicionalmente manifestó que, aunque se acreditó la presentación de la demanda contra el acto administrativo de nombramiento del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, el despacho conoció que esta fue rechazada por caducidad, lo cual fue apelado al momento de la interposición del amparo y se encontraba para su trámite, condición que demuestra que dicho acto sigue en el mundo jurídico produciendo la vulneración al derecho a la igualdad de la accionante.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes:

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia de la Sentencia C- 208 de 2007.

1. Copia del Decreto 804 de 1995.

1. Copia del Certificado de pertenencia al Resguardo Indígena Zenú de la señora Johanny Villadiego Parra.

1. Copia de la Resolución 417 de 1997.

1. Copia de la evolución y ratificación de docentes de la Institución Educativa San Martín.

1. Copia del Acta de Selección de Docentes del Cabildo Menor de San Martín.

1. Contestación de la acción de tutela.

1. Copia de la Sentencia del diecisiete (17) de julio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

1. Copia de la Sentencia C- 588 de 2009.

2. Copia de la acción simple de nulidad interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Sucre por la Alcaldía de Sincelejo.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia del certificado laboral del señor Holmes Augusto Gómez Palencia.

1. Copia de la revocatoria del Decreto 157 de 2001, “por medio del cual se nombra a un docente de nómina municipal”, donde se le manifiesta al señor Holmes Augusto Gómez Palencia la necesidad de su consentimiento expreso para la revocatoria directa del acto administrativo en mención.

1. EXPEDIENTE T-2595303

1. Solicitud

Julio Aníbal Ramos Clason en representación de la señora Ibeth Beatriz Paternina Romero interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, y a la vida en condiciones dignas. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta la actora que es miembro del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba- Cabildo Menor de Cerrito de la Palma.

1. Expresa que debido a que el Concejo de Mayores en Asamblea General eligió a unos docentes para que se nombraran en propiedad para atender a niños y jóvenes de la etnia Zenú, entre los cuales se encontraba su representada, ésta actualmente se encuentra laborando como docente en la Institución educativa Altos del Rosario, la cual está dentro de la jurisdicción indígena, según certificado del Ministerio de Educación Nacional.

1. Dice que a la fecha han nombrado en propiedad entre otros a los docentes Luz Mileth Rios Hernández, Armando Turizo Mármol, Kida Pérez Díaz, Nasly Calle Monterroza y Holmes Augusto Gómez Palencia, quien fue nombrado mediante Decreto 157 de 2001.

1. Busca la actora el amparo del derecho a la igualdad, por cuanto, a pesar de tener las mismas condiciones de las personas antes nombradas, para ser miembro del resguardo indígena, y a pesar de haber elevado peticiones y consultas verbales a la administración municipal para su vinculación en el cargo de docente municipal etnoeducadora, éstas han sido infructuosas.

1. Traslado y contestación de la demanda

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo-Sucre corrió traslado de la misma a la Alcaldía de Sincelejo, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

La accionada contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora.

Sustenta su escrito de contestación en que la actual Administración Municipal nunca ha nombrado en propiedad unilateralmente docentes etnoeducadores, y que sólo lo hará cuando se efectúe el respectivo concurso; que si bien a través de la acción de tutela en algunos casos se ha ordenado el nombramiento de docentes, en segunda instancia se ha declarado la improcedencia de otras acciones constitucionales incoadas en el mismo sentido.

Agrega que no se puede amparar el derecho a la igualdad del accionante tomando como

sustento la situación del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, debido a que el acto administrativo contenido en el Decreto 157 de 2001, por el que se nombró en propiedad como docente, es contrario a la Constitución y a la Ley y fue demandado en acción simple de nulidad.

1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del nueve (9) de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Civil Municipal declaró improcedente la acción impetrada.

El juez consideró que debido a que los argumentos que esgrime el actor no son suficientes para que el operador judicial considere que existe perjuicio irremediable, pues el hecho de que se haya nombrado a un docente indígena sin concurso, dándole un trato preferencial frente a los otros docentes, no implica que se tenga que obligar a la entidad que lo nombró a que siga teniendo el mismo trato con otros docentes, pues el acto administrativo de nombramiento se fundamentó en una falsa motivación, incumpliendo los requisitos que para ello estipula la normatividad legal vigente.

Además, considera que no puede el accionante alegar que se le está causando un perjuicio irremediable, ya que en el libelo se refirió a unos supuestos de hecho que estarán por venir.

1. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante providencia del veintinueve (29) de octubre de 2009, confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que si bien la accionante no está satisfecha con su vinculación provisional como docente etnoeducadora adscrita a la Administración Municipal, tiene a su disposición mecanismos judiciales idóneos para solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa el reconocimiento de sus derechos de acceso a la carrera docente en propiedad, y como no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable con sus elementos de impostergabilidad, inminencia y gravedad, la acción de tutela resulta improcedente tal como lo concluyó el juez de primera instancia.

Agrega que la normatividad traída a colación en los fundamentos normativos, no exime a los docentes etnoeducadores del concurso de mérito para acceder a los cargos, como erradamente lo han venido considerando algunos despachos judiciales.

1. Pruebas documentales

1. Copia del certificado de pertenencia al Cabildo Menor de Cerrito de la Palma de la señora Ibeth Beatriz Paternina Romero.

1. Copia del acta de selección de docentes del Cabildo Menor de Cerrito de la Palma.

1. Copia del diploma que confiere el título de Licenciada en Educación Básica Primaria a Ibeth Beatriz Paternina Romero.

1. Copia del acta de grado de la señora Ibeth Beatriz Paternina Romero.

1. Copia de la Resolución 1922 de 2000.

1. Copia del certificado de asistencia de la señora Ibeth Beatriz Paternina Romero al seminario "Encuentro con las Raíces".

1. Certificado de sueldo de la señora Ibeth Beatriz Paternina Romero.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia de la Sentencia del veinticuatro (24) de marzo de 2009, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito.

1. Contestación de la demanda.

1. Copia de la Sentencia del diecisiete de julio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo en su Sala III Civil-Familia-Laboral.

1. Copia de la acción simple de nulidad interpuesta ante el Tribunal Administrativo de Sucre por la Alcaldía de Sincelejo.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia del certificado laboral del señor Holmes Augusto Gómez Palencia.

1. Copia de la revocatoria del Decreto 157 de 2001, “por medio del cual se nombra a un docente de nómina municipal”, donde se le manifiesta al señor Holmes Augusto Gómez Palencia la necesidad de su consentimiento expreso para la revocatoria directa del acto administrativo en mención.

1. Copia de la respuesta emitida por el señor Holmes Augusto Gómez Palencia a la Alcaldía de Sincelejo, donde manifiesta que de hacerse efectiva la revocatoria, se estaría incurriendo en una vía de hecho susceptible de amparo constitucional a través de la acción de tutela.

1. Sentencia del 9 de septiembre de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo.

1. EXPEDIENTE T-2595306

1. Solicitud

La señora María Benítez Vergara interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la libertad de escogencia de protección u oficio. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta la actora que es miembro del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba- Cabildo Menor de Cerrito de la Palma.

1. Expresa que debido a que el Concejo de Mayores en Asamblea General eligió a unos docentes para que se nombraran en propiedad para atender a niños y jóvenes de la etnia

Zenú, entre los cuales eligió su nombre, actualmente se encuentra laborando como docente en la Institución Educativa Técnico Agropecuaria de Gallega (zona rural de Sincelejo), Institución que se encuentra dentro de la jurisdicción indígena, según certificado del Ministerio de Educación Nacional.

1. Indica que a la fecha han nombrado en propiedad entre otros a los docentes Emiro Merlano Martínez, Orlando Guzmán Feria, Elena Méndez Puche y Holmes Augusto Gómez Palencia, quien fue nombrado mediante Decreto 157 de 2001.

1. Busca la actora el amparo del derecho a la igualdad, por cuanto, a pesar de tener las mismas condiciones de las personas antes nombradas, por ser miembro del resguardo indígena, y a pesar de haber elevado peticiones y consultas verbales a la administración municipal para su vinculación en el cargo de docente municipal etnoeducadora, éstas han sido infructuosas.

1. Traslado y contestación de la demanda

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Sincelejo-Sucre corrió traslado de la misma a la Alcaldía de Sincelejo, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

La accionada contestó la acción de tutela oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora.

Sustenta su escrito de contestación en que la actual Administración Municipal nunca ha nombrado en propiedad unilateralmente docentes etnoeducadores, y que sólo lo hará cuando se efectúe el respectivo concurso; que si bien a través de la acción de tutela en algunos casos se ha ordenado el nombramiento de docentes, en segunda instancia se ha declarado la improcedencia de otras acciones constitucionales incoadas en el mismo sentido.

Agrega que no se puede amparar el derecho a la igualdad del accionante tomando como sustento la situación del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, debido a que el acto administrativo contenido en el Decreto 157 de 2001, por el que se nombró en propiedad como docente, es contrario a la Constitución y a la Ley y fue demandado en acción simple de nulidad.

1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del dos (2) de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Civil Municipal declaró improcedente la acción impetrada.

El juez consideró que los argumentos que esgrime la actora no son suficientes para que el operador judicial considere que existe perjuicio irremediable, pues el hecho de que se haya nombrado a un docente indígena sin concurso, dándole un trato preferencial frente a los otros docentes, no implica que se tenga que obligar a la entidad que lo nombró a que siga teniendo el mismo trato con otros docentes, pues el acto administrativo de nombramiento se fundamentó en una falsa motivación, incumpliendo los requisitos que para ello estipula la normatividad legal vigente.

Además, considera que no puede la accionante alegar que se le está causando un perjuicio irremediable, ya que en el libelo se refirió a unos supuestos de hecho que estarán por venir.

1. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante providencia del dieciséis (16) de octubre de 2009, confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que si bien la accionante no está satisfecha con su vinculación provisional como docente etnoeducadora adscrita a la Administración Municipal, tiene a su disposición mecanismos judiciales idóneos para solicitar ante la jurisdicción contencioso administrativa el reconocimiento de sus derechos de acceso a la carrera docente en propiedad, y como no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable con sus elementos de impostergabilidad, inminencia y gravedad, la

acción de tutela resulta improcedente tal como lo concluyó el juez de primera instancia.

Agrega que la normatividad traída a colación en los fundamentos normativos, no exime a los docentes etnoeducadores del concurso de mérito para acceder a los cargos, como erradamente lo ha venido considerando algunos despachos judiciales.

1. Pruebas documentales

1. Copia del Decreto 155 de 2001.

1. Copia de la Sentencia C-208 de 2007.

1. Copia del Decreto 804 de 1995.

1. Copia del certificado laboral de la señora Olga María Benítez Vergara.

1. Copia del diploma que confiere el título de Bachiller Pedagógico a la señora Olga María Benítez Vergara.

2. Copia del diploma que confiere el título de Psicóloga a la señora Olga María Benítez Vergara.

1. Copia de la Resolución 1799 de 1998.

1. Copia del Acta de Selección N°8 de 2008.

1. Escrito de Contestación de Tutela.

1. Copia de la Sentencia proferida el 17 de julio de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

1. Copia del Certificado de Asistencia de la señora Olga María Benítez Vergara al diplomado “Fortalecimiento de la Etnoeducación e interculturalidad Afrocolombiana”.

1. EXPEDIENTE T-2595318

La señora Geomar María Payares Lara interpuso acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo, por considerar que vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la libertad de escogencia de protección u oficio. La acción interpuesta se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta la actora que es miembro del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba- Cabildo Menor de Cerrito de la Palma.

1. Expresa que actualmente se encuentra laborando como docente en provisionalidad en la Institución Educativa Rural San Antonio de Sincelejo, que está dentro de la jurisdicción indígena según certificado del Ministerio de Educación Nacional.

1. Que a la fecha han nombrado en propiedad entre otros a los docentes Emiro Merlano Martínez, Orlando Guzmán Feria, Elena Méndez Puche y Holmes Augusto Gómez Palencia, quien fue nombrado mediante Decreto 157 de 2001.

1. Indica que cumple con los requisitos para ser nombrado en propiedad como los anteriores docentes, pero que la Alcaldía aún no lo ha hecho.

1. Traslado y contestación de la demanda

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo-Sucre corrió traslado de la misma a la Alcaldía de Sincelejo, para que en el término legal ejerciera los derechos de defensa.

El Secretario de Educación Municipal como representante de la administración para este proceso, contestó la acción de tutela, oponiéndose a las pretensiones elevadas por la actora.

Sustenta su escrito de contestación en que los nombramientos realizados mediante el Decreto 193 de 2000 no fueron nombramientos en propiedad, pues los docentes allí nombrados no han superado concurso alguno, por lo que debe entenderse que éstos fueron nombrados en provisionalidad y para cubrir la necesidad de la plaza.

Así mismo, señala que el señor Nadin Villadiego fue nombrado en propiedad como docente etnoeducador en cumplimiento de un fallo de tutela.

En cuanto al docente Holmes Augusto Gómez Palencia, manifestó que el decreto por el cual fue nombrado ya se demandó en acción simple de nulidad.

También afirma que la señora Geomar María Payares Lara, al encontrarse vinculada como docente de la Institución Educativa San Antonio, no puede alegar perjuicio irremediable, pues cuenta con el mínimo vital que necesita para su subsistencia.

Concluyó expresando que la actora incurrió en temeridad al interponer dos acciones de tutela con la misma pretensión y los mismos hechos¹.

1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del dieciséis (16) de octubre de 2009, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo negó la acción impetrada, debido a que se configuró una actuación temeraria.

1. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante providencia del veinticinco (25) de noviembre de 2009 confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que si bien la Ley 115 de 1994 reguló en sus artículos 55 a 63 lo relativo a la Educación para Grupos Étnicos, y en forma especial en el inciso segundo del artículo 61 se establece 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”, el Estatuto Docente nada dijo sobre los etnoeducadores, en consecuencia, debe acogerse la normatividad especial contenida en el Decreto 804 de 1995, posterior a la Ley 115, “por medio de la cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos”, y que en su artículo 12 excepciona del requisito del concurso.

Adicionalmente manifestó que, aunque se acreditó la presentación de la demanda contra el acto administrativo de nombramiento del señor Holmes Augusto Gómez Palencia, el despacho conoció que esta fue rechazada por caducidad, lo cual fue apelado y al momento de la interposición de la acción se encontraba para su trámite, condición que demuestra que

dicho acto sigue en el mundo jurídico produciendo la vulneración al derecho a la igualdad de la accionante.

1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes pruebas:

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia de la Sentencia C-208 de 2007.

1. Copia del certificado de pertenencia de la señora Geomar María Payares Lara al Cabildo Menor Indígena Zenú.

1. Copia del diploma que confiere el título de Normalista Superior a la señora Geomar María Payares Lara.

1. Escrito de Contestación de Tutela.

1. Copia del Decreto 053 de 2008.

1. Copia del Decreto 051 de 2008.

1. Copia del Decreto 126 de 2008.

1. Copia del Decreto 146 de 2008.

1. Copia del Decreto 058 de 2008.

1. Copia del Decreto 342 de 2008.

1. Copia de la Resolución 0930 de 2009.

1. Copia del Decreto 236 de 2007.

1. Copia del Decreto 0235 de 2009.

1. Copia de la Sentencia de siete (7) de enero de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo.

1. Copia de la Sentencia del 27 de febrero de 2009, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito.

1. Copia de la acción simple de nulidad interpuesta por la Alcaldía de Sincelejo ante el Tribunal Administrativo de Sucre.

1. Copia del Decreto 157 de 2001.

1. Copia de la revocatoria del Decreto 157 de 2001, “por medio del cual se nombra a un docente de nómina municipal”, donde se le manifiesta al señor Holmes Augusto Gómez Palencia la necesidad de su consentimiento expreso para la revocatoria directa del acto administrativo en mención.

1. Copia de la respuesta emitida por el señor Holmes Augusto Gómez Palencia a la Alcaldía de Sincelejo, donde manifiesta que de hacerse efectiva la revocatoria, se estaría incurriendo en un avía de hecho susceptible de amparo constitucional a través de la acción de tutela.

1. Copia del Acto Legislativo 1 de 2008.

1. Copia de la Sentencia del diecisiete (17) de julio de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo.

1. Copia de la Resolución 0075 de 2006.

1. Copia de la Sentencia proferida el trece (13) de agosto de 2009 por el Juzgado tercero Civil del Circuito de Sincelejo.

1.8 PRUEBAS SOLICITADAS POR ESTA CORPORACIÓN

1.8.1 La Sala Séptima de Revisión, con el fin de dar claridad sobre los hechos materia de esta acción y vincular a todas las personas que podría encontrarse interesados:

1.8.1.1 Vinculó a la autoridad que ejerciera “la representación del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, de las solicitudes de tutela y los fallos de instancia de los procesos T-2.595.297 y T-2.595.302, T-2.595.303, T-2.595.306, T-2.595.316, T-2.595.318”. Lo anterior con el fin de que expresara lo que estimara conveniente.

1.8.1.2 De igual manera, se ofició a las autoridades del Resguardo Indígena Zenu de San Andrés de Sotavento, con el fin que informaran: “1. ¿Cómo se llevó a cabo el proceso de designación de los docentes para el Resguardo Indígena Zenu de San Andrés de Sotavento? 2. ¿Si este proceso se realizó en concertación con las autoridades municipales de Sincelejo? 3. ¿Cuáles son los criterios para la designación de docentes en el Resguardo y su relación con los usos y costumbres de la comunidad? Y 4. Si los accionantes, Johanny Villadiego Parra, Carmen María Álvarez Montes, Ibeth Beatriz Paternina Romero, Olga Maria Benítez Vergara, Julio César Otero Hernández, Geomar María Payares Lara, fueron designados como docentes del Resguardo por la Asamblea General de Mayores y en qué calidad y condiciones.”

1.8.1.3 Se requirió al señor Inty Wayna Chikanqana, en su calidad de Gobernador del Resguardo Indígena Kakiona, para que informara a la Sala: “1. ¿Cómo se llevó a cabo el proceso de designación de los docentes para el Resguardo Indígena Kakiona? 2. Si este proceso se realizó en concertación con las autoridades departamentales del Cauca? y 3. ¿Cuáles son los criterios para la designación de docentes en el Resguardo y su relación con los usos y costumbres de la comunidad?.”

1.8.1.4 Se solicitó a la Alcaldía de Sincelejo, a la Gobernación del Cauca y al Ministerio de Educación, para que señalaran cuáles eran los criterios aplicados por la entidad, en relación con la provisión de docentes en las instituciones educativas de los territorios indígenas.

1.8.1.5 Se ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Etnias, para que informara a la Sala Séptima de Revisión, el conocimiento que se tuviera acerca de la educación especial indígena.

1.8.1.6 Se invitó a la Universidad de los Andes, a la Universidad Nacional, a la Universidad Sergio Arboleda, Universidad Javeriana y a la Universidad del Rosario, para que a través de sus observatorios o grupos de investigación, emitieran su opinión sobre la demanda de la referencia.

1.8.2 La Sala Séptima de Revisión recibió las siguientes respuestas:

1.8.2.1 Nilson Manuel Zurita Mendoza, Cacique Mayor Regional, en su calidad de máxima autoridad del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, solicitó se negaran las tutelas interpuestas por las siguientes razones:

1. El Cacique Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, en representación del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento de Córdoba y Sucre, mediante oficio del nueve (09) de agosto de 2010 dio respuesta al requerimiento hecho por este Despacho el veintiocho (28) de julio del mismo año.

Dijo que la autoridad tradicional y representativa del resguardo es el Cacique Mayor Regional, que la figura de Gobernador del Resguardo Indígena Zenú no existe, ni está reconocida como la autoridad representativa del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba y Sucre.

Así mismo, arguye que el literal b) del artículo 10 del Decreto 804 de 1995 hace referencia a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, quienes son los facultados para desarrollar el proceso de selección de los etnoeducadores, que para el caso particular del pueblo Zenú la autoridad tradicional competente para la selección de los etnoeducadores es en primera instancia el Cabildo Menor Indígena; quien escoge al docente mediante acta de selección en la que es parte activa la comunidad del cabildo y esta decisión es avalada por el Cabildo Mayor Regional en cabeza del Cacique Mayor, situación que ha sido a su vez reglamentada por el pueblo Zenú, en el marco de la autonomía que le confiere.

Manifiesta que la autoridad que avala el nombramiento como docente de Johanny Villadiego Parra, es una entidad inexistente en la vida social, comunitaria y organizativa del resguardo indígena Zenú de San Andrés de Sotavento de Córdoba y Sucre, por tanto, dicho nombramiento carece de validez y no posee la fuerza legal que le permita crear un efecto jurídico de nombramiento de docentes en los términos del Decreto 804 de 1995.

En cuanto al caso de Geomar María Payares Lara, quien fue nombrada en provisionalidad en la Institución Educativa Rural San Antonio de Sincelejo, mediante Resolución 0075 del 16 de enero de 2006, expresa que el nombramiento en su parte considerativa no menciona que sea una etnoeducadora, y que el nombramiento provisional haya estado mediado por la selección concertada con la comunidad indígena. Por el contrario, “lo que se observa es que es un nombramiento discrecional propio de la administración municipal, que si bien va dirigido a una comunidad indígena, ésta no participó en la selección del docente en los términos de los artículos 10 y 11 del Decreto 804 de 1995”.

Termina diciendo que “lo que se observa con profunda preocupación es que la Secretaría de Educación de Sincelejo, al momento de realizar los nombramientos provisionales, no tuvo en cuenta la participación de la comunidad indígena, no hizo el proceso con la comunidad indígena y las personas nombradas no hacían parte de la comunidad indígena”.

Por lo anterior, solicita que se denieguen las tutelas T- 2595297, T-2595302, T- 2595303, T-2595306, T-2595316 y T- 2595318.

Como pruebas anexó: i) la constancia emitida el 28 de octubre de 2009 por el Ministerio del Interior y de Justicia, donde hace constar que el Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento fue constituido legalmente por el Incora, mediante Resolución N°. 54 del 21 de septiembre de 1984 y ampliado mediante Resolución N°. 51 del 23 de julio de 1990 y 43 del 30 de noviembre de 1998.

ii) el Acta de Posesión del Cabildo Mayor Regional Córdoba-Sucre para el periodo 2008-2010.

iii) la Resolución 012 de 2008, en la que considerando que el Convenio 169 de la OIT, la Ley 115 de 1994, el Decreto 804 de 1995 y la Sentencia C-208 de 2007 facultan a los pueblos indígenas para organizar sus sistemas educativos de acuerdo con las características sociales,

antropológicas y culturales de sus miembros, ya que la educación debe estar dirigida al fortalecimiento de la cultura, el Resguardo Indígena Zenú resolvió que la elección de los docentes para las instituciones educativas de su resguardo se haría de la siguiente manera: a) el interesado (a) debe ser preferiblemente una persona nativa inscrito (a) en el listado censal de la población indígena del respectivo cabildo; b) el Cabildo Menor con el acompañamiento de las autoridades del Cabildo Mayor Regional, deben analizar las hojas de vida de los interesados, para hacer una preselección, la cual se presenta a la Asamblea General para su respectiva aprobación; c) el Cabildo Menor debe convocar a la Asamblea General de la Comunidad donde se encuentra el establecimiento educativo. En ella tienen voz y voto todas las personas inscritas en el respectivo Cabildo Menor. En este escenario, las juntas de los Cabildos Menores presentan el análisis y consideraciones sobre la selección de los docentes, lo que se somete a aprobación de la Asamblea General. Lo decidido debe ser firmado por todos los participantes y por la Junta de Cabildo Menor que participó en la selección; d) las personas seleccionadas por la Asamblea General, deben suscribir un acta de compromiso comunitario, en la que se digan los derechos, deberes y compromisos del docente con la comunidad; e) la copia del acta de preselección del Cabildo Menor y el acta de la Asamblea General de la comunidad, deben ser enviadas al Cabildo Mayor Regional para su refrendación y presentación ante el ente territorial respectivo, por lo que, es el Cabildo Mayor la autoridad indígena competente para interactuar, comunicar y aportar los documentos que acrediten la decisión comunitaria a la autoridad educativa.

Para terminar, en dicha resolución se deja claro que la vinculación de docentes y directivos docentes, que se realice para un establecimiento educativo estatal del área del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, por fuera del procedimiento aquí señalado es nula y no tiene ningún efecto dentro de la comunidad.

iv) Constancia de la radicación ante la Secretaría de Educación Municipal, de la Resolución 012 de 2008, hecha por el Cacique Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú el diecinueve (19) de febrero de 2008.

Así mismo, se encuentra otra actuación del Cacique Mayor Regional del Resguardo

Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, adiada a dieciocho (18) de agosto de 2010, en la que manifiesta que el Cabildo Mayor Regional de este resguardo no tuvo conocimiento, y mucho menos participó en el proceso de selección de los docentes accionantes; y “que estos para hacerse nombrar provisionalmente, no contaron con la concertación de la comunidad indígena, y una vez estando laborando en los establecimientos educativos, han utilizado la posición de dominio que ejercen sobre algunos capitanes para proceder a través de una acta aparente de selección, para hacerse nombrar en propiedad mediante acciones de tutela”.

Termina diciendo que lo que se puede apreciar en el caso de la referencia, es que la administración municipal de Sincelejo (Sucre) ha procedido reiterada y sistemáticamente a vincular personal docente para comunidades indígenas, sin tomar en cuentas las directrices del Decreto 804 de 1995, es decir, sin la concertación con las autoridades indígenas representativas del respectivo grupo étnico, “razón por la cual estas personas no se les puede considerar como sujetos del Decreto 804 de 1995”.

1.8.2.2 El Ministerio de Educación adujo que, de acuerdo a lo establecido en la directiva Ministerial N° 02 del 18 de febrero de 2008, la provisión de docentes y directivos docentes que se requieran para atender el servicio educativo en las instituciones que atienden población indígena, se realiza mediante nombramiento provisional en la planta de personal de la respectiva entidad territorial, previo concepto técnico de viabilidad expedido por el Ministerio de Educación Nacional. Dicho nombramiento se mantiene hasta cuando se regule el respectivo concurso.

Como soporte adjuntó la directiva Ministerial N°. 02 del 18 de febrero de 2008, a través de la cual se reglamenta la provisión de cargos docentes y directivos docentes para la atención del servicio educativo a población indígena.

1.8.2.3 El Ministerio del Interior y de Justicia, argumenta que la Carta reconoce y protege las multiétnias y la pluricultura de la Nación, entre ellas los pueblos indígenas. En consecuencia, el Estado recoge un enfoque diferencial a favor de los grupos étnicos bajo el decreto 4530 de 2008, que entre otras “busca proponer políticas, velar por la integridad, diseñar programas, coordinar interinstitucionalmente, apoyar, promover acciones, prestar asesoría, realizar estudios socioeconómicos, promover programas de vivienda y desarrollo, titulación de tierras

y proyectos de ley en favor de los grupos étnicos del Estado.”

De otra parte, la mesa de Dirección de Asuntos Indígenas, además de coordinar lo relativo a la educación superior y las ventajas que tienen para alcanzar la igualdad material de estudiantes emanados de sus comunidades, vela por la incursión real y efectiva de los profesionales, entre ellos los maestros. Por ello, consideran que existen razones jurídicas y prácticas por las que este órgano debe ser tenido en cuenta a la hora de la toma de decisiones en materia académica, dentro o fuera de la comunidad propiamente dicha, con lo que se preserva el derecho a consulta previa en materia de educación, del que gozan los grupos indígenas de la Nación.

1.8.2.4 La Secretaria de Educación del Cauca señaló que para la provisión de cargos en áreas indígenas, se toma en consideración, en primera instancia, los criterios de la Ley 115 de 1994, el Decreto 804 de 1998 y el Decreto Ley 1278 de 2002, es decir, mediante un proceso de concertación con las comunidades indígenas, según lineamientos de calidad, e idoneidad de los cargos.

No obstante, en razón a que la provisión no se somete a concurso público los nombramientos se realizan en provisionalidad, hasta tanto no se reglamente la manera de llenar las vacantes en virtud de dicho mecanismo.

1.8.2.5 Jesús Antonio Paternina Samur, Alcalde del Municipio de Sincelejo, dio respuesta al requerimiento hecho por este Despacho.

Manifestó que la Administración Municipal de Sincelejo no ha nombrado en propiedad a ningún docente para que atienda a la población indígena en territorios indígenas, y que sólo lo hará cuando el legislador expida el estatuto especial para etnoeducadores indígenas, de conformidad con lo resuelto por la Corte en la Sentencia C-208 de 2007.

El criterio anteriormente planteado lo sustenta en: i) el artículo 125 de la Constitución; ii) los artículos 105 y 107 de la Ley 115 de 1994; iii) el Decreto 1368 de 2010; iv) la sentencia C-588 de 2009 y v) la Sentencia C-208 de 2007.

Concluye expresando que los docentes que actualmente se desempeñan en las Instituciones

Educativas que atienden población indígena dentro del Municipio de Sincelejo, se encuentran nombrados en provisionalidad, con excepción de algunos nombramientos que se han hecho en propiedad, dando cumplimiento a fallos de tutela que la administración municipal no comparte.

1.8.2.6 Los miembros del Grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana solicita a la Corte tutelar los derechos invocados. Para sustentar sus afirmaciones, señala, en primer término, que los jueces de instancia negaron el amparo aduciendo la existencia de otros mecanismos de defensa judicial. No obstante, no existe claridad de cuál sería la vía idónea para obtener el respeto de las decisiones de los pueblos indígenas en materia de etnoeducación. Por otro lado, es evidente que los empleados vinculados en provisionalidad tienen disminuida la estabilidad frente a los que están en propiedad, y por tanto, la Corte debe pronunciarse sobre si esa figura debe ser utilizada en los casos del sistema educativo de las comunidades indígenas.

Agregan, además, que la administración de Sincelejo desconoció el artículo 12 del Decreto 804 de 2005, reglamentario de la Ley 115, que exceptúa el concurso de meritos para los docentes indígenas, más aún cuando por medio de sentencia C - 208 de 2007, esta Corporación dispuso que las leyes aplicables a los grupos indígenas serán las contempladas en la ley general de la educación.

Al respecto de la igualdad y la diversidad cultural sostienen que la no aplicación del referido artículo 12 del decreto 804 de 2005, termina por violentar los derechos a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, en tanto la norma se sustenta, en el especial trato que deben recibir estas comunidades. Así, la Corte Constitucional en la referida providencia defendió que la regulación especial para los etno-educadores se fundamenta en la garantía del respeto de las diferentes manifestaciones culturales y vitales de estas comunidades asentadas en Colombia.

1.8.2.6 La Universidad del Rosario también solicita que la Corte Constitucional ampare el derecho a las comunidades indígenas de nombrar, en propiedad, a sus maestros. Aduciendo, entre otros, los siguientes argumentos:

A través de la Ley 115 se prevé atención educativa diferencial a los grupos étnicos, en el que se revisten estrategias pedagógicas acordes con su cultura lengua tradiciones y fueros

propios, que afiancen procesos de identidad. Esta situación, en su concepto, sólo se logra con educadores con el dominio de éstas, elegidos preferiblemente entre los miembros de dichas comunidades y que emanen su sentido de pertenencia para con sus educandos.

Agregan que el nombramiento en provisionalidad desconoce la decisión de la comunidad indígena y pone en riesgo su preservación cultural, en abierto desconocimiento de los artículos 2, 7, 93 de la Carta que disponen el carácter pluralista del Estado colombiano y reconocen la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de pueblos indígenas. En efecto, el Convenio 169 de 1989 de la OIT, aprobado mediante ley 21 de 1991, refiere a la garantía de protección a los pueblos indígenas en el respeto a su identidad, específicamente el artículo 26 del mismo Tratado ordena a los Estados tomar medidas encaminadas a garantizar los requerimientos en educación especial para estas comunidades y el artículo 27 que consagra expresamente que dicha instrucción debe responder a sus necesidades culturales e históricas, sus técnicas y valores.

De otro lado, citan las disposiciones consagradas en los artículos 55 y 56 de la Ley 115 de 1994, en donde se reglamenta lo referente a la etnoeducación y que excepciona la necesidad de concurso para la provisión de dichos cargos.

Afirman que más allá de los amparos individuales, debe protegerse los derechos colectivos fundamentales de estas comunidades, y por tanto, la Corte debe garantizar que los nombramientos de docentes realizados en forma concertada con la comunidad se realicen en propiedad. Lo anterior por cuanto la designación en provisionalidad produce una inestabilidad potencial que incide en forma negativa en la protección de las garantías de los pueblos indígenas lo que, en últimas, atenta contra el derecho fundamental de consulta previa en materia educativa, y por el otro, con su prolongación en el tiempo amenaza el derecho a recibir una educación especial.

La Universidad del Rosario pone de presente que en la sentencia C-208 de 2007, la Corte señaló que el derecho a la educación de las comunidades indígenas, es de doble vía en tanto les asiste como a todas las personas, y también hace parte de su identidad cultural. En este sentido, en la referida providencia se dijo que “siempre y cuando se entienda que el estatuto no es aplicable a (...) situaciones administrativas relacionadas con la vinculación de los

docentes y directivos docentes de establecimientos ubicados en territorios indígenas que atiende 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.” Dada la omisión legislativa y la aclaración de la Corte no le es aplicable la figura de la provisionalidad a los etno-educadores.

De todo lo esbozado, concluyen que la Corte debe tutelar los derechos por lo siguiente: “I) los nombramientos en provisionalidad no persiguen un fin constitucionalmente legítimo, II) los mismos no constituyen un medio idóneo para alcanzar el fin perseguido, III) la decisión positiva adoptada por la Corte es necesaria al no existir otros medios menos lesivos, IV) no existe proporcionalidad entre los costos y los beneficios.”

1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. COMPETENCIA

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Sala establecer si a los accionantes se les han vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la libertad de escogencia de profesión u oficio, así como el derecho de los niños indígenas a tener una educación especial, al no ser nombrados como docentes etnoeducadores en propiedad por parte de la Alcaldía Municipal de Sincelejo y por la Gobernación del Cauca.

Para resolver este problema jurídico, la Sala analizará: a) la protección del Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas, b) el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a recibir una educación especial, y

c) análisis del caso concreto.

1. LA PROTECCIÓN DEL ESTADO A LA IDENTIDAD, E INTEGRIDAD ÉTNICA, CULTURAL, SOCIAL Y ECONÓMICA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

El derecho fundamental de los pueblos indígenas a la libre determinación tiene fundamento en los artículos 1, 7, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330, entre otros, de la Carta, en el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada en el 2007.

2.3.1 Como ha indicado la jurisprudencia constitucional, la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a “(...) determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”.² Así, la consagración de este derecho, junto con el de otros derechos de las comunidades étnicas, como se manifestó en la sentencia C-030 de 2008, parte del reconocimiento del valor intrínseco de las comunidades étnicas como grupos diferenciados culturalmente.

Este derecho comprende al menos tres ámbitos de protección ligados a distintos factores de interacción, como precisó la Corte en la sentencia T-973 de 2009:

“En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley. Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación

nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...)

Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”.³

2.3.1.1. En el primer ámbito, se encuentra entonces el derecho general de las comunidades étnicas a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles. Así, la participación se convierte en vehículo que permite a las comunidades expresar los valores e intereses culturales que las diferencian de la cultura mayoritaria predominante, a fin de que sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les conciernen y de esta forma cumplir el objetivo constitucional de proteger su integridad cultural⁴.

Este primer derecho se manifiesta a su vez de distintas formas. Primero, el literal a) del artículo 6 del Convenio 169 reconoce el derecho de las comunidades étnicas a: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. A su turno, el artículo 7-1 del Convenio prevé que las comunidades tienen derecho a:

Por su parte, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución señala que el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en la toma de decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus territorios. Por su parte, la Ley 70 prevé la realización de consultas a las comunidades afrocolombianas en

cuatro eventos: (i) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades afro que desarrollen prácticas tradicionales (artículo 22); (ii) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (artículo 38); (iii) en la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (artículo 58); y (iv) en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere la ley. Estos preceptos reconocen entonces el derecho fundamental de las comunidades a la consulta previa de cualquier decisión susceptible de afectarles directamente. El contenido de este derecho será desarrollado más adelante.

Segundo, respecto de otras decisiones que puedan afectar indirectamente a las comunidades, el artículo 7-3 del mismo Convenio prevé la obligación de los estados parte de “(...) velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.” (negrilla fuera del texto). Así, esta disposición estipula que respecto de las decisiones que conciernen indirectamente a las comunidades étnicas, éstas tienen derecho a participar en los respectivos estudios para determinar su incidencia, lo que supone que, por lo menos, deben ser informadas de los planes, proyectos u otras decisiones que se pretenda tomar.

Así, sobre la diferenciación para efectos de participación entre decisiones que conciernen directamente o indirectamente a las comunidades étnicas, la Corte precisó lo siguiente en la sentencia C-030 de 20085:

“De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o

legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”

2.3.1.2 El segundo ámbito de protección comprende el derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de decisiones políticas. Este ámbito de protección se fundamenta, entre otras disposiciones, en el literal b) el artículo 6 del Convenio 169, según el cual los estados parte tienen la obligación de: “b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan”. A nivel nacional, el derecho a la participación en las decisiones políticas se concreta, como se indicó en la sentencia C-030 de 20086, en ámbitos como los siguientes:

“De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias⁷ y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.”

2.3.1.3. Finalmente, el tercer ámbito de protección se refiere al derecho al autogobierno de las comunidades étnicas. Esta prerrogativa se fundamenta, por ejemplo, en el literal c) del artículo 6 del Convenio 169, de acuerdo con el cual los estados deben: “c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.” A nivel nacional, este ámbito de protecciones concreta, por ejemplo, en el artículo 246 superior, que permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; el artículo 286, según el cual los territorios indígenas son entidades territoriales; y el artículo

330, que indica que los territorios indígenas deben ser gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.

En igual sentido, el artículo 1.2 del Convenio 169 de la OIT señala que “[l]a 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.”

De acuerdo con las directrices antes descritas, la Corte Constitucional se ha encargado de salvaguardar “el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas” a través de dos dimensiones: “una colectiva y otra individual. El Alto Tribunal ampara, de un lado, a la comunidad indígena como sujeto de derecho y protege, de otro lado, a los individuos pertenecientes a esa comunidad, pues sin esa protección sería impensable la materialización de la protección del derecho colectivo en cabeza de la comunidad indígena en cuanto tal”⁸.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el autogobierno implica la prohibición para los Estados de intervenir en el ámbito propio de sus asuntos, se deriva un derecho para las comunidades indígenas de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad.⁹ Por ello, a los grupos se les garantiza “i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”. De igual forma ha dicho que el respeto a la diversidad étnica y cultural implica “la conciencia que se tiene de compartir ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un determinado grupo humano al cual se pertenece y que tiene una cosmovisión distinta y específica”.¹⁰

2.3.2 Dicha protección ha sido tema de muchos pronunciamientos de la Corte. Así, en la Sentencia T-380 de 1993¹¹, señaló que las comunidades indígenas pasan a ser sujetos colectivos de derechos fundamentales. Allí se estudió el caso de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, donde lo pretendido era la condena de CODECHOCO y MADARIEN al pago del estudio del impacto ambiental y cultural para la extracción de madera en la zona de Chajeradó y a la financiación del Plan de Manejo que se dispusiera para la reparación del daño ocasionado, la Corte precisó 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, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). 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. (...).

(...)

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”.

Dentro de la misma línea de pensamiento, la Corte en la sentencia T-007 de 199512, estudió el acuerdo que fue firmado por los representantes del Gobierno, del IFI-Concesión Salinas y la Comunidad Indígena Wayúu de Manaure, en el que se previó la constitución de una Empresa de Economía Mixta con la participación de dicha comunidad en un 25% del capital social. No obstante, debido a que el Decreto 2818 de 1991 dispuso la liquidación del contrato de Concesión Salinas y autorizó la creación de una nueva sociedad bajo la denominación de “Salinas Marítimas y Terrestres de Colombia S.A.”, la empresa Concesión Salinas decayó, y con ella, toda la infraestructura de la explotación de la sal, lo cual implicó el incumplimiento por aquélla de los compromisos adquiridos con la comunidad Wayúu, la Corte dijo:

“La Constitución Política incorporó dentro de las preocupaciones, el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas, y de manera muy significativa, reservó en favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de la integridad cultural,

social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable, y, de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, los distritos y los propios departamentos (C.P. arts. 7, 1671, 246, 286, 329, 330, etc.)". (Subrayado fuera del texto).

De igual manera, en la Sentencia T- 174 de 1998¹³, en la que se revisó el caso del joven Roylie Eduardo Jay Hawkins, quien en calidad de estudiante del Colegio Junin de Providencia presentó acción de tutela en contra del Concejo y del Alcalde Municipal de esa zona, por considerar que el incumplimiento de tales autoridades a un Convenio celebrado con el Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social (FIS) que permitía la reparación y adecuación de la planta física del Colegio en el que estudiaba, lesionaba su "derecho fundamental establecido en el artículo 27 y correlacionado con los artículos 45 y 13 de la Constitución Nacional", relativos a la libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, a los derechos de los adolescentes y a la igualdad. El Alto Tribunal manifestó que:

"el Estado Colombiano debe propender por la conservación de los aspectos propios de la cultura raizal y lograr con ello la conservación del patrimonio cultural nativo, que también forma parte del patrimonio de toda la Nación".

En la Sentencia T- 704 de 2006¹⁴ en el caso del ciudadano Luis Evelis Andrade Casama, quien actuó como representante legal de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC y de la Asociación de Jefes Familiares Wayuu de la Zona Norte de la Alta y Media Guajira, y que interpuso acción de tutela en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y contra el Departamento Nacional de Planeación y Municipio de Uribia, por considerar que incurrieron en diversas actuaciones y omisiones que impidieron a las comunidades asociadas en Wayuu Araurayuu de la Alta Guajira percibir los recursos que por participaciones en los ingresos corrientes de la Nación les corresponden, lo que, en consecuencia, no permitió ejecutar el plan de inversiones para la administración y ejecución de los recursos de participación, la Corte expresó que:

"el amparo contemplado en el ordenamiento jurídico interno a favor de garantizar el pleno ejercicio del derecho fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas se ve complementado asimismo por lo dispuesto en el

ámbito internacional”.

(...)

El Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” fue aprobado en Colombia por la Ley 21 de 1991. Este documento es vinculante para el Estado colombiano y ocupa un lugar preeminente en el ordenamiento jurídico constitucional según lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 93 superior. En esta línea de pensamiento, el Convenio 169 de la OIT pertenece al llamado bloque de constitucionalidad y ha de tenerse en cuenta como canon de interpretación de los derechos constitucionales fundamentales. Debe, por consiguiente, servir de punto de referencia para fijar el sentido y alcance del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.

2.3.4 Así las cosas, es evidente la garantía que la Constitución y el bloque de constitucionalidad le brindan al derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. En consecuencia, las autoridades se encuentran en la obligación de tomar las medidas necesarias para garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas¹⁶, así como la prohibición de interferir en asuntos particulares que sólo concierne a la esfera de gobierno de la comunidad.

Entonces, de lo planteado anteriormente, la Sala concluye que las personas que pertenecen a los resguardos indígenas KAKIONA y ZENÚ, al tener expresiones culturales, religiosas, raciales, de tipo lingüístico, entre otras, diferentes al del resto de la Nación, ostentan una especial condición, que permite incluirlas dentro de la concepción de diversidad étnica y cultural, situación que las hace acreedoras de la especial protección del Estado¹⁷.

En consecuencia, para garantizar el reconocimiento de la referida diversidad, el Estado debe adoptar medidas de protección que logren efectivamente el amparo de los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de estas comunidades¹⁸.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

La Constitución de 1991 contempla en su artículo 67 que “la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”. (Subrayado fuera del texto).

2.4.1 Del artículo citado se evidencia que la educación tiene doble connotación. Como derecho fundamental e inherente al ser humano, se constituye como la garantía que propende por la formación de los individuos en todas sus potencialidades, pues a través de la educación el ser humano puede desarrollar y fortalecer sus habilidades cognitivas, físicas, morales, culturales entre otras. Como servicio público, la educación es inherente a la finalidad social del Estado, y se convierte en una obligación de éste, pues él es quien tiene que asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Pero no sólo la Carta Política reconoce expresamente el derecho a la educación como fundamental, pues los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia han hecho lo suyo al respecto.

En estos términos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 74 de 1968), el Protocolo adicional de San Salvador (Convención Americana de Derechos Humanos), la Convención sobre los derechos de los niños y niñas suscrita por Colombia en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, hacen referencia al derecho a la educación de los

menores de edad, y señalan que “ésta es obligatoria, gratuita y compatible con la dignidad humana, haciendo indispensable la garantía de su acceso como componente esencial de este derecho” En igual sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 26 manifiesta que: “Toda persona tiene derecho a la educación. Esta debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

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 “es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”¹⁹. En dicha observación se desarrollaron los 4 componentes de la educación, conocidos como el sistema de las cuatro A, que fueron planteados por primera vez en el informe preliminar presentado a la Comisión de Derechos Humanos (hoy Comité de Derechos Humanos) por la Relatora Especial sobre el derecho a la educación el 13 de enero de 1999²⁰ y han sido acogidos tanto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 13 sobre el derecho a la educación²¹, como por esta Corte en varias de sus sentencias con fundamento en la figura del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución)²². Los mismos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

“a) disponibilidad del servicio, que consiste en la obligación del Estado de proporcionar el número de instituciones educativas suficientes para todos los que soliciten el servicio; b) la accesibilidad, que consiste en la obligación que tiene el Estado de garantizar que en condiciones de igualdad, todas las personas puedan acceder al sistema educativo, lo cual está correlacionado con la facilidad, desde el punto de vista económico y geográfico para acceder al servicio, y con la eliminación de toda discriminación al respecto; c) adaptabilidad, que consiste en el hecho de que la educación debe adecuarse a las necesidades de los demandantes del servicio, y, que se garantice la continuidad en su prestación, y, d) aceptabilidad, que hace referencia a la calidad de la educación que debe brindarse²³.”

En esta perspectiva, concluye la Sala que en el mundo actual, el acceso al conocimiento y a la formación académica, constituyen los fundamentos esenciales para el desarrollo de conocimientos científicos, históricos, morales, sociales, culturales, geográficos, tecnológicos, entre otros, que propenden por el desarrollo individual de cada persona, en aras a que pueda aportar a la sociedad el respeto y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2.4.2 Esta Corporación en varias oportunidades ha protegido el derecho fundamental a la educación, tanto desde la perspectiva de derecho fundamental como de acceso al servicio público educativo. Especialmente, la Corte ha ordenado que el Estado garantice las condiciones necesarias para la efectiva prestación del mismo, con el fin hacer realidad el goce de la garantía fundamental.

Dentro de sus pronunciamientos encontramos la Sentencia T-1030 de 200624, donde se estudió el caso de una niña de cuatro años de edad a la que se le negó el cupo en el grado jardín en una Institución Educativa del Departamento de Sucre por mandato de una Circular de la Secretaría de Educación Departamental. En este caso la Corte precisó que:

“la educación es un derecho y un servicio de vital importancia para sociedades como la nuestra, por su relación con la erradicación de la pobreza, el desarrollo humano y la construcción de una sociedad democrática. Es por ello que la Corte ha indicado en distintos pronunciamientos que ésta (i) es una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de sus demás derechos fundamentales; (iii) es un elemento dignificador de las personas; (iv) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social, y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características”.

Estas razones llevaron al constituyente de 1991 a reconocer en el artículo 67 de la Carta, que la educación es un derecho fundamental y un servicio público, cuya finalidad es lograr el acceso de todas las personas al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, y formar a todos en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia, entre otros, y en el artículo 44 ibídem, que es un derecho fundamental de los

niños que prevalece sobre los derechos de los demás”.

En reiteración de esta posición también se pronunció la Sentencia T- 1259 de 200825, que revisó el caso de dos menores que residían en la vereda Agua Blanca, Municipio de Tuta-Boyacá y estudiaban en la Institución Educativa Oficial Chicamocha, plantel que se encontraba ubicado a 4 o 5 kilómetros aproximadamente de su vivienda, por lo que las niñas para poder asistir a clase debían caminar dos horas aproximadamente en la mañana y en la tarde, pues la Institución no contaba con el servicio de transporte escolar. Al respecto la Corte dijo que:

“Como servicio público, su finalidad es lograr el acceso de todas las personas al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura; (...).

En el mismo sentido, el artículo 365 de la Constitución Política establece que “[l]os servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado...”, por lo que es deber de éste el asegurar su prestación eficiente a los habitantes dentro del territorio nacional. Adicionalmente, el artículo subsiguiente constitucional dispone que, dadas las finalidades sociales del Estado, éste deberá dirigir toda su actividad a la “solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación” (se resalta).

Por su parte, como derecho, el artículo 67 señalado debe ser interpretado de manera sistemática con el artículo 44 de la Constitución, el cual le reconoce el carácter de fundamental en el caso de los niños. Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha señalado:

““Para la Corte, es indudable que el derecho a la educación pertenece a la categoría de los derechos fundamentales, pues, su núcleo esencial, comporta un factor de desarrollo individual y social con cuyo ejercicio se materializa el desarrollo pleno del ser humano en todas sus potencialidades. Esta Corporación, también ha estimado que este derecho constituye un medio para que el individuo se integre efectiva y eficazmente a la sociedad; de allí su especial categoría que lo hace parte de los derechos esenciales de las personas en la medida en que el conocimiento es inherente a la naturaleza humana. La educación está implícita como una de las esferas de la cultura y es el medio para obtener el conocimiento y lograr el desarrollo y perfeccionamiento del hombre. La educación, además, realiza el valor y

principio material de la igualdad que se encuentra consignado en el preámbulo y en los artículos 5, 13, 67, 68 y 69 de la C.P. (...).”

Siguiendo con nuestra línea argumentativa, la Sala encuentra necesario hacer alusión a la Sentencia T- 329 de 201026, que estudió el caso de unos niños que venían recibiendo clase de un docente suministrado por el Municipio de de Florencia Caquetá, y que después de determinado tiempo por falta de recursos del Municipio no siguieron accediendo al servicio de educación. En esta sentencia se hizo referencia a las cuatro dimensiones que comprende el derecho a la educación, y que han sido reconocidas por la doctrina nacional e internacional. La Corte dijo:

Aunado a lo anterior, en la Sentencia T-1030 de 2006 se establecen cuatro dimensiones de contenido prestacional del derecho a la educación, extraídas de la doctrina nacional e internacional. Al respecto señala lo siguiente:

““Como derecho y como servicio público, la doctrina nacional e internacional han entendido que la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional (i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema eludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse””²⁷. (Subrayado fuera del texto).

En este sentido, la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional ha señalado que ante la restricción de alguno de los criterios anotados anteriormente, que obedezcan a causas no justificadas debidamente y que no estén probadas, se produce un nivel de arbitrariedad que hace que la acción de tutela junto con las demás herramientas jurídicas se conviertan en los

mecanismos idóneos a los cuales el afectado puede acudir para exigir el cese inmediato de la vulneración.

2.4.3 Se concluye además, que el derecho a la educación permite el acceder a un proceso de formación personal, social y cultural de carácter permanente y además, a través de ella se transmite bienes y valores de la cultura²⁸. En virtud del mismo, el Estado tiene el deber de desarrollar y mantener un sistema de instituciones educativas en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad.

Especialmente, en relación con la adaptabilidad “la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados”²⁹. En otras palabras, el Estado está obligado a garantizar que una educación acorde con las necesidades de los estudiantes, en el marco del pluralismo y el reconocimiento de la diferencias.

1. EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A SER BENEFICIARIOS DE UNA EDUCACIÓN ESPECIAL. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

Los artículos 10, 68 y 70 de la Carta preceptúan que los grupos étnicos tienen derecho a recibir una educación especial, que respete y desarrolle su identidad cultural. Así mismo, el artículo 67 constitucional señala que a través de la educación se transmiten los valores de la cultura. Las disposiciones consagran:

ARTICULO 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

ARTICULO 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente.

Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores. En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa.

Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

(...)

ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad.

El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país.

El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

1. Así mismo, el derecho a la educación de las comunidades indígenas, ha sido reconocido a nivel internacional, entre otros, por el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del Bloque de Constitucionalidad, al tenor del artículo 93 de la Constitución de 1991. El artículo 27 de dicho Convenio consagra que los servicios de educación de los pueblos indígenas, deben desarrollarse con la participación y cooperación de éstos, a fin de que respondan a la cosmovisión y necesidades propias de su cultura. Para lograr tal fin, el mismo instrumento contempla la necesidad de que las autoridades competentes aseguren la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a la responsabilidad de la realización de esos programas³⁰.

En igual sentido, el citado instrumento internacional, además de reivindicar la necesaria

existencia del derecho a una identidad educativa para los grupos indígenas y tribales, se ocupa de definir su verdadero ámbito de aplicación disponiendo: “(i) que debe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) que la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los grupos étnicos y garantizar su participación en la formulación y ejecución de los programas de educación; (iv) que la educación debe ser bilingüe al menos en los primeros años, lo cual significa que debe enseñarse a los miembros de las comunidades indígenas a leer y escribir en su propia lengua y en la lengua nacional; y, finalmente, (v) que deberán adoptarse medidas que permitan preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.”

2.5.2 Por otra parte, en cuanto a las normas nacionales adoptadas en cumplimiento de las obligaciones de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la Ley 115 de 1994 en los artículos del 55 al 63 regula lo concerniente a la educación especial de los grupos étnicos. Aquí se resalta que la educación de los miembros de estos grupos, tiene como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura, por lo que los educadores deben tener dominio de las culturas y lenguas de las comunidades en las que prestan sus servicios; y, es precisamente al Estado a quien le corresponde promover y fomentar la formación de estas personas.

El artículo 55 señala que la educación para grupos étnicos es la “que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones.” De igual manera, el artículo 56 dispone que la misma se regirá con base en los siguientes principios:

ARTÍCULO 56. PRINCIPIOS Y FINES. La educación en los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley y tendrá en cuenta además los criterios de integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura.”

ARTÍCULO 57. LENGUA MATERNA. En sus respectivos territorios, la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística, propia será bilingüe, tomando como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo, sin detrimento de lo dispuesto en el literal c) del artículo 21 de la presente ley.”

Sobre la carrera docente los artículos 58 al 63 consagran un régimen especial que cuenta con las siguientes características: (i) el Estado promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, así como programas sociales de difusión de las mismas (art 58), (ii) el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Educación Nacional y en concertación con los grupos étnicos prestará asesoría especializada en el desarrollo curricular, en la elaboración de textos y materiales educativos y en la ejecución de programas de investigación y capacitación etnolingüística (art. 59), (iii) no podrá haber injerencia de organismos internacionales, públicos o privados en la educación de los grupos étnicos, sin la aprobación del Ministerio de Educación Nacional y sin el consentimiento de las comunidades interesadas. (art. 60), (iv) las organizaciones de los grupos étnicos que al momento de entrar en vigencia esta Ley se encuentren desarrollando programas o proyectos educativos, podrán continuar dicha labor directamente o mediante convenio con el gobierno respectivo, en todo caso ajustados a los planes educativos regionales y locales, (vi) las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano y la (vii) la vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos.

El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993.

2.5.3 De esta necesidad surge el Sistema Educativo Indígena Propio SEIP para pueblos indígenas de Colombia, que es “el conjunto de derechos, procesos, procedimientos y acciones que garantizan el derecho fundamental a la Educación Indígena Propia en todos los niveles, desde la primera infancia hasta la educación superior, de manera gratuita, y que asegura el acceso, la equidad, integralidad, la pertinencia, la diversidad y la interculturalidad. De la misma manera, debe posibilitar el fortalecimiento económico, social, cultural y político autónomo, en armonía con la cosmovisión y los planes de vida de los pueblos indígenas”³¹.

Este modelo debe tener como objetivo principal la consolidación de un modelo de educación que “conlleve a líderes, gobernantes, autoridades tradicionales, padres, madres, niñas, agentes educativos, maestros y maestras a la construcción colectiva de procesos educativos contextualizados al servicio de la comunidad, fundamentados en principios básicos de autonomía, reflexión crítica, tolerancia, defensa del territorio, arraigo cultural e identidad, propiciando el acompañamiento a los aspectos organizativos, productivos, pedagógicos, económicos y culturales que fundamentan la pervivencia del pueblo indígena”³².

Así las cosas, al ser la educación un derecho fundamental de todas las personas, consagrado y protegido por la normativa interna y los tratados internacionales, su garantía debe brindársele a todos los individuos en el territorio nacional, sin importar condiciones de edad, sexo, raza, creencias, entre otras; pero, teniendo en cuenta también la existencia de comunidades sociales y culturales diferentes al resto de la Nación, que demandan un sistema educativo propio o especial conforme a sus necesidades. Así mismo, como lo señala el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, la designación de sus docentes no se somete a las normas generales de educación, sino que 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.

2.5.4 La Corte Constitucional en la Sentencia C-208 de 2007³³, estudió el tema de la etnoeducación, con ocasión del estudio de constitucionalidad del Decreto Ley 1278 de 2002,

“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, y en la cual se estableció el concurso para el ingreso al Magisterio. En dicha oportunidad, la Corte analizó si la carrera docente, a través de méritos, era aplicable a las comunidades indígenas.

Consideró la Corte que “dentro de los derechos colectivos de las comunidades y grupos étnicos está el derecho a una educación adecuada y acorde con sus valores, su cultura y su forma de vida. Ello significa que los pueblos indígenas en general y sus integrantes en particular, tienen derecho a recibir del Estado una educación especial, ajustada a los requerimientos y características de los distintos grupos que habitan el territorio nacional.”

También agregó:

Los artículos 10º, 68 y 70 de la Carta, consagran expresamente que los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas, y que es deber del Estado promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades.

De acuerdo con tales postulados, se tiene que, en general, la Constitución reconoce a todos los habitantes del territorio nacional, incluyendo a los indígenas, una esfera inexpugnable de cultura, considerándolos a su vez un medio para alcanzar conocimiento y lograr un alto grado de perfección en beneficio propio y de la sociedad. Pero también, de manera específica, el propio Estatuto Superior acepta las diferencias culturales y, por tanto, radica en cabeza de las comunidades indígenas y de todos sus integrantes, el derecho a una identidad educativa especial, al imponerle al Estado el deber de brindarles un modelo de educación que responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida.

(...)

Desde esta perspectiva, el derecho a una educación especial reconocido a las comunidades tradicionales es un derecho fundamental de doble vía. Lo es, por tratarse de un derecho connatural a todos los hombres entre los que se cuentan los indígenas, y también, por cuanto hace parte integral del derecho a la identidad cultural que, como se ha dicho, tiene dimensión ius fundamental.

Sobre el problema jurídico planteado sostuvo que en razón a que el Decreto Ley 1278 de

2002 no había sido consultado, el sistema de ingreso por carrera, a través de concurso de méritos, no era aplicable a la educación de los grupos indígenas. En consecuencia, la Corte señaló que mientras el legislador procediera a expedir un estatuto de profesionalización docente que regulara de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serían las contenidas en la Ley 115 de 1994, esto es, la designación de docentes debía hacerse en concertación con las comunidades. En palabras de la Corte:

“la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la Ley General de Educación”, reguló de manera particular, en sus artículos 55 a 63, el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos, encontrándose dichas normas actualmente vigentes. En punto a la selección, vinculación, administración y formación de educadores para los grupos étnicos, si bien no se adoptaron medidas específicas, los citados preceptos establecieron como criterios generales a desarrollar por parte del Estado los de: (i) promover y fomentar, tanto la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, como también los programas sociales de difusión de las mismas (art. 58); (ii) seleccionar a los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos, en concertación con tales grupos, y prefiriendo escogerlos entre los miembros de las comunidades en ellas radicados; debiendo verificar además que dichos educadores acrediten formación en etnoeducación y posean conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano (art. 62).*(Subrayado fuera del texto)*.

Asimismo, la Ley General de Educación hizo claridad en el sentido de señalar que la forma de vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos debía llevarse a cabo de acuerdo con el Estatuto Docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. Teniendo en cuenta que el Estatuto Docente vigente para la época en que se expidió la referida ley no contenía una regulación especial sobre el tema (Decreto-Ley 2277 de 1979), en el Decreto 804 de 1995 se dispuso eximir del título de licenciado o normalista y del concurso público de méritos a los docentes indígenas y a los directivos docentes indígenas interesados en prestar sus servicios en sus respectivas comunidades, hasta tanto se expidiera un estatuto docente que se ocupara del tema.

Bajo el entendido que tampoco el actual Estatuto Docente, el Decreto-Ley 1278 de 2002, estableció una regulación especial para el tema de la vinculación de los docentes indígenas y directivos al servicio educativo estatal, con el fin de garantizar los derechos a la diversidad

étnica, a la consulta previa y a la educación especial de los grupos indígenas, desconocidos por la norma demandada, es necesario que, con carácter provisional, la Corte integre a la presente decisión la Ley 115 de 1994 y las demás normas complementarias, que, como se anotó, regulan de manera especial lo referente a la vinculación de los educadores y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. Según quedó explicado, la aplicación de tales normas tiene un carácter transitorio, en el sentido que se extiende hasta el momento en que el legislador, ordinario o extraordinario, expidan una regulación especial que defina la forma de vinculación de los docentes y directivos docentes indígenas al servicio educativo estatal". (Subrayado fuera del texto).

2.5.5 En este orden de ideas, no cabe duda que la implementación de un sistema especial para la educación de las comunidades indígenas es un derecho fundamental no sólo de la colectividad sino también de sus miembros, además, es una consecuencia de la garantía del respeto a su identidad. Es por ello que el Estado debe garantizar un modelo de sistema educativo congruente con sus manifestaciones culturales y forma de vida.

De igual manera, el ingreso y la administración de dicho sistema educativo deben hacerse en concertación con los miembros de las comunidades indígenas. En efecto, es a través de la educación, que los bienes inmateriales de una cultura se transmiten de una generación a otra, y es por medio de aquella que se asegura la supervivencia de las etnias en su condición de entidades jurídicas y sociales con autonomía e identidad propia.

De igual manera, la estructuración del sistema educativo hace parte del derecho al autogobierno de las comunidades indígenas, que el Constituyente de 1991 dispuso proteger dentro del marco de un Estado Social de Derecho, respetuoso y protector de la diversidad étnica y cultural (art. 7° Constitucional).

1. LOS CASOS CONCRETOS

Esta Sala de Revisión analizará si algunos de los derechos fundamentales reconocidos por la

Constitución a los pueblos indígenas fueron vulnerados por las autoridades educativas al negarse a nombrar en propiedad a algunos docentes que laboran dentro de la comunidad.

3.1 El derecho a las comunidades indígenas a la designación en propiedad de los docentes que han sido seleccionados de forma concertada

3.1.1 En primer lugar, cabe señalar que, tal y como se desarrolló en la parte motiva de esta providencia, el derecho a la educación especial indígena es una manifestación del respeto a la identidad étnica y cultural de las comunidades y por tanto, debe garantizárseles un sistema de educación que permita la transmisión generacional de su historia, conocimientos, valores y tradiciones. En efecto, además de ser un derecho fundamental la educación es un servicio público que tiene una función social, a través de la cual se pretende que las personas logren acceder al saber “a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”.

La Constitución Política consagra expresamente en los artículos 10, 68 y 70 que los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas, y que es deber del Estado promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades.

De igual manera, el Convenio 169 de la OIT ordena a los Gobiernos desarrollar servicios de educación destinados a los pueblos interesados que deberán “abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”. Además, los artículos 26, 27, 28 y 29 del Convenio dispone su ámbito de aplicación disponiendo: “(i) que debe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) que la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los grupos étnicos y garantizar su participación en la formulación y ejecución de los programas de educación; (iv)

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

1. En desarrollo de estos mandatos impuestos tanto por el Constituyente como por el ordenamiento internacional, los artículos 55 al 63 de la Ley 115 de 1994 regulan la llamada etnoeducación. En relación con el tema de la selección, vinculación, administración y formación de educadores para los grupos étnicos, la ley ordena que ella debe realizarse conforme a los siguientes criterios: “(i) promover y fomentar, tanto la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, como también los programas sociales de difusión de las mismas (art. 58); (ii) seleccionar a los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos, en concertación con tales grupos, y prefiriendo escogerlos entre los miembros de las comunidades en ellas radicados; debiendo verificar además que dichos educadores acrediten formación en etnoeducación y posean conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano (art. 62); y, especialmente, proceder a efectuar la vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos (art. 62).” (Subrayado fuera del texto)

Posteriormente, el Decreto 804 de 1995 “por medio del cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos” dispuso en sus artículos 11 y 13

“Artículo 11º.- Los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbres, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación, responsabilidad, sentido de pertenencia a su pueblo, capacidad investigativa, pedagógica y de articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, se seleccionarán a los educadores para laborar en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicadas.

En las comunidades con tradición lingüística propia, el maestro debe ser bilingüe, para lo cual deberá acreditar conocimientos y manejo de la lengua de la comunidad y del castellano.”

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001, expidió el Decreto 1278 de 2002, “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”. En dicha regulación se establece el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal (arts. 1º a 10º). En relación con esto último, dispone que éste “es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal” (art. 8º).

En dicha normatividad se aclara que la provisión de cargos necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, “se regirán por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional” (art. 1º-2).

En igual sentido, el Decreto 3238 de 2004 “por el cual se reglamentan los concursos que rigen para la carrera docente y se determinan criterios, contenidos y procedimientos para su aplicación” consagra que los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, “se regirán por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional”.

1. De otro lado, el Decreto 1278 de 2002 fue estudiado en sede de control abstracto en la Sentencia C-208 de 2007. Allí la Corte señaló que el legislador había incurrido “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 indígenas. Con dicha omisión, se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades indígenas 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, se desconoció el derecho de los grupos indígenas 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.”

De igual modo, la Corporación dejó en claro que resulta constitucionalmente inadmisibles dejar en cabeza del Gobierno la competencia para estructurar y regular, por vía de un decreto reglamentario, el régimen jurídico de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas, así como también la adopción de las medidas necesarias para implementar un sistema de carrera especial ajustado a las condiciones y formas de vida de las distintas etnias.

En esta línea consideró la Corte que el Decreto Ley 1278 de 2002, que dispone la previsión de docentes mediante el sistema de carrera, no era aplicable a las comunidades indígenas por cuando dicha regulación (i) no había sido consultada con las comunidades indígenas y (ii) el decreto había omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres.

Sostuvo la Sentencia C-208 de 2007: “lo que procede en este caso es que la Corte dicte una sentencia integradora, en el sentido de declarar exequible el Decreto-Ley 1278 de 2002, “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”, siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a 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, aclarando que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las normas aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) y las demás normas complementarias.”

1. Es decir la elección de los docentes debe realizarse en concertación con tales grupos, y prefiriendo escogerlos entre los miembros de las comunidades en ellas radicados; debiendo verificar además que dichos educadores acrediten formación en etnoeducación y posean

conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano (art. 62).

Es decir, hasta tanto no se expida tal normatividad, el nombramiento en propiedad se hará con base en los criterios consagrados en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, por ello, deberá realizarse (i) una selección concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos, (ii) una preferencia de los miembros de las comunidades que se encuentran radicados en ellas, (iii) acreditación de formación en etnoeducación y (iv) conocimientos básicos del respectivo grupo étnico.

Una vez se presenta el cumplimiento de estos requisitos, la comunidad indígena y los docentes tienen el derecho a que se proceda al nombramiento en propiedad. Ello como una manifestación de la obligación constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica y en respeto al derecho a la autonomía de las comunidades indígenas. En efecto, tal y como lo dispone la Ley 115 de 1994, el hecho de que dicha decisión se realice de forma concertada con los miembros de las comunidades impone que la decisión sea respetada. En palabras de la ya citada Sentencia C-208 de 2007:

“Desde esta perspectiva, el derecho a una educación especial reconocido a las comunidades tradicionales es un derecho fundamental de doble vía. Lo es, por tratarse de un derecho connatural a todos los hombres entre los que se cuentan los indígenas, y también, por cuanto hace parte integral del derecho a la identidad cultural que, como se ha dicho, tiene dimensión ius fundamental.

Este derecho fundamental de las comunidades indígenas a recibir una educación especial, también es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T. que, como se anotó anteriormente, se incorpora al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991 y hace parte del bloque de constitucionalidad, razón por la cual sus normas, al lado de la Carta Política, se constituyen en referente obligatorio para la Corte dentro del juicio de constitucionalidad de las leyes.”

3.2 Análisis de los casos concretos

3.2.1

Por las razones expuestas anteriormente, la Corte concederá el amparo a los derechos fundamentales alegados por la autoridad tradicional del Resguardo Indígena Kakiona, el Gobernador Inty Wayna Chikanqana, pero las negará en relación con las acciones

de tutelas interpuestas por Carmen María Álvarez Montes, Julio Cesar Otero Hernández, Johanny Villadiego, Ibeth Beatriz Paternina Romero, María Benítez Vergara y Geomar María Payares Lara contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo, por las siguientes razones.

1. Resguardo Indígena KAKIONA

2.

En relación con el amparo interpuesto por Inty Wayna Chikanqana, se encuentra probado dentro del expediente que en su condición de máxima autoridad tradicional del Resguardo (condición que se demuestra tanto en la certificación emitida por el Ministerio del Interior como en las actas correspondientes), ha solicitado a la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca, el nombramiento en propiedad de los 20 etnoeducadores que fueron seleccionados de conformidad con lo consagrado en la Ley 115 de 1994, esto es de forma concertada y consultada en forma previa con la comunidad indígena.

Agrega además, que en virtud de la Sentencia C-208 de 2007, en materia de etnoeducación no es aplicable lo previsto en el decreto 1278 de 2002, sino que de conformidad con la parte resolutive de la providencia, mientras el legislador no expida un Estatuto docente especial indígena (que debe ser previamente consultado), las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación. Por lo tanto, hasta ese entonces la provisión de cargos quedan excluidos de concurso.

Por su parte, la Secretaría de Educación de Cauca aduce que el Decreto 1278 de 2002 sí es aplicable a las comunidades indígenas.

Sobre el particular, recuerda la Sala que tal y como lo señala el señor Inty Wayna Chikanqana, en la Sentencia C-208 de 2007, la Corporación al estudiar si la educación especial indígena se regulaba de conformidad con el Decreto Ley 1278, dio una respuesta negativa, y por el contrario señaló que ésta debía regirse por la Ley 115. En consecuencia, el nombramiento de docentes debía realizarse en forma concertada con la comunidad indígena. Una vez hecho tal procedimiento, existe el derecho de la colectividad a que el Estado respete su decisión, y proceda al nombramiento en propiedad de los docentes.

1. Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento

Esta Sala negará el amparo interpuesto por Carmen María Álvarez Montes, Julio Cesar Otero Hernández, Johanny Villadiego, Ibeth Beatriz Paternina Romero, María Benítez Vergara y Geomar María Payares contra la Alcaldía de Sincelejo. En efecto, de las pruebas solicitadas por esta Corporación, en el trámite de revisión, se observa que existe un debate sobre si tales docentes fueron nombrados en forma concertada con la comunidad.

En efecto, Nilson Manuel Zurita Mendoza, Cacique Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, al momento de ser vinculado a la presente acción de tutela por parte de la Sala Séptima de Revisión, informó que los avales presentados por Carmen María Álvarez Montes, Julio Cesar Otero Hernández, Johanny Villadiego, Ibeth Beatriz Paternina Romero, María Benítez Vergara y Geomar María Payares no son expedidos “por la autoridad tradicional competente para la selección de los etnoeducadores”, que es “en primer instancia el Cabildo menor indígena; quien escoge al docente mediante acta de selección en la cual es parte activa de la comunidad del cabildo y esta decisión es avalada por el Cabildo Mayor Regional en cabeza del Cacique Mayor, situación que ha sido a su vez reglamentada por el pueblo Zenú, en el marco de la autonomía que le confiere al artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, mediante resolución 012 del 8 de febrero de 2008”

De igual manera, aduce que en su condición de representante legal de la comunidad, de forma reconocida por la Dirección de Etnias del Ministerio de Interior y de Justicia, mediante Resolución 54 del 21 de septiembre de 1984 y ampliado mediante Resoluciones 51 del 23 de julio de 1990 y 43 del 30 de noviembre de 1998 (...) “me permito pronunciarme sobre los procesos de tutela T-2.595.297, T-2.595.302, T-2.595.303, T-2.595.306, T-2.595.316 y T-2.595.318” en donde se alega el “derecho de igualdad con relación a la situación jurídica del docente: HOLMES AUGUSTO GÓMEZ PALENCIA, no son iguales, por cuanto el señor Holmes fue seleccionado por el cabildo menor y avalado por el Cacique Mayor Regional del Resguardo indígena Zenú, que es la autoridad tradicional de este pueblo indígena”. En tanto que las demás designaciones provienen de “una entidad inexistente en la vida social, comunitaria y organizativa del resguardo indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, Córdoba-Sucre (CONSEJO DE MAYORES) que dicho una vez más no es la autoridad

competente para tal fin, por tanto carece de validez y no posee la fuerza de la legalidad que permita dar lugar a crear un efecto jurídico de nombramiento de docente en los términos del decreto 804 de 1995 con lo que se puede concluir que las situaciones fácticas y jurídicas de la accionante y el señor Holmes Gómez son diferentes y por ello no sería procedente tutelar el derecho de igualdad”

Agrega que mediante la Resolución 012 del 8 de febrero de 2008, la Comunidad estableció el procedimiento para la selección de los etnoeducadores. Allí se señala que para su designación se requiere el aval del Cabildo Mayor Regional, y no simplemente certificaciones de autoridades menores del Cabildo.

Sin embargo, dichos criterios “no fueron tomados en cuenta en la aparente acta de selección de los seis casos de los docentes arriba mencionados, pues los resultados del acta debían ser dirigidos al Cabildo Mayor Regional para la respectiva refrendación ante el ente territorial respectivo” De lo anterior concluye que “el proceso de vinculación de los docentes accionantes, no estuvo mediado por ningún proceso de concertación, pues el nombramiento provisional de los docentes en referencia fue un acto unilateral de la administración municipal de Sincelejo. En cuando a las aparentes actas de selección posterior de los docentes para solicitar el nombramiento en propiedad, el Cabildo Mayor Regional no tuvo conocimiento sobre esta situación y no fue enterado, tal como ya estaba establecido en la Resolución Interna 012 del 8 de febrero de 2008, que precisamente se hizo para organizar estos procesos de selección que consideramos de suma importancia y trascendencia por la naturaleza y el objeto de la profesión docente del etnoeducador que es sin duda el que garantiza la supervivencia cultural mediante el fortalecimiento de los valores ancestrales de la comunidad indígena, ya que es él quien interactúa con los educandos y debe garantizar en su ejercicio pedagógico un proceso de enseñanza aprendizaje que sea pertinente con el contexto y las características étnicas de la comunidad indígena”.

En consecuencia, se puede establecer que para que proceda el nombramiento en propiedad de los etnoeducadores, es necesario: (i) que se haya producido la concertación dentro de un proceso de consulta previa con la comunidad indígena y (ii) que dicho procedimiento se haya hecho de conformidad con los usos, costumbres y reglas que rijan la vida de la comunidad.

En relación con el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento puede observarse lo

siguiente: (i) según los “Estatutos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba-Sucre”, su máxima autoridad es el Cabildo Mayor, quien según el artículo 9 “es el Representante legal del Resguardo con el propósito de mantener la unidad, los objetivos e intereses de las comunidades indígenas que conforman este Resguardo”, (ii) que estos mismos Estatutos señalan que el Cabildo Mayor es el que ejerce la autoridad en materia de etnoeducación. Sobre el particular el artículo 33 dispone que el Cabildo Mayor se encargará de “Gestionar, organizar, adecuar y desarrollar políticas nacionales y del Resguardo dirigidas a los procesos de Etnoeducación, ajustada a las condiciones socioculturales del pueblo Zenú.” y (iii) según la Resolución 012 del 8 de febrero de 2008, emanada de la Comunidad se establece que la designación de los educadores por parte de el Cabildo Menor tiene que ser enviadas al Cabildo Mayor para su refrendación.

En consecuencia, esta Sala negará el amparo impetrado por Carmen María Álvarez Montes, Julio Cesar Otero Hernández, Johanny Villadiego, Ibeth Beatriz Paternina Romero y María Benítez Vergara contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo, en razón a que no está demostrado que los docentes fueron nombrados de conformidad con los procesos de concertación que existen en el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento.

No obstante, observa la Sala que existe en el interior de la comunidad un conflicto en relación con la designación de los etnoeducadores, tanto de aquellos nombrados actualmente en provisionalidad como los que deberán ser nombrados en propiedad.

En relación con los primeros, la necesidad en la continuidad en el servicio de educación, que como se desarrolló en la parte motiva, se constituye en un derecho fundamental, así como el especial ámbito de protección que merecen las comunidades indígenas, no hacen posible que esta Sala haga un pronunciamiento sobre la legalidad de dichas designaciones por parte de la Secretaría de Educación. Es por ello que, se ordenará que también sea la comunidad, dentro del ámbito de su autonomía y en coordinación con las autoridades de educación del Municipio, quien decida las consecuencias frente a los nombramientos en provisionalidad de los accionantes. No obstante, recuerda la Sala que este procedimiento no podrá afectar la continuidad y la oportuna prestación del servicio educativo dentro del Resguardo.

En lo que tiene que ver con la designación en propiedad de los etnoeducadores, esta Sala ordenará que la Secretaría de Educación del Municipio de Sincelejo, en coordinación con el

Ministerio del Interior, en un término de seis (6) meses, adelante el proceso de consulta previa para la selección de los mismos, de conformidad con sus usos y costumbres. Una vez sea finalizado dicho proceso, la Alcaldía deberá proceder al nombramiento en propiedad de los docentes escogidos.

No sobra recordar, que tal y como lo señaló Nilson Manuel Zurita Mendoza, Cacique Mayor Regional del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, la designación en propiedad de los docentes seleccionados por las autoridades tradicionales indígenas es un elemento fundamental de su identidad y cohesión social, pues está ligado íntimamente a su memoria histórica y, además, de él depende la supervivencia de la comunidad desde el punto de vista cultural y social.

La Sala también estima necesario exhortar a la Defensoría Regional del Pueblo del Departamento de Sucre, para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, acompañe el cumplimiento de las órdenes que se adoptan en esta providencia.

Especial consideración amerita el caso de la señora Geomar Payares Lara. En efecto, sobre el particular solicita la Alcaldía de Sincelejo se declare la improcedencia de la acción por cuanto la accionante ya había interpuesto acción de tutela en el año 2009, por los mismos hechos y que fue fallada en forma desfavorable por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Sincelejo, Sucre el 7 de enero del 2009.

Sobre el particular cabe señalar que esta Corporación ha manifestado que el juez de tutela deberá declarar improcedente la acción, cuando encuentre que la situación bajo estudio es idéntica en su contenido a un asunto que ya ha sido fallado o cuyo fallo está pendiente en otro proceso de amparo. Ha señalado que deben concurrir los elementos que continuación se señalan³⁴:

i) Identidad de partes, es decir, que las acciones sean presentadas por el mismo accionante y contra el mismo accionado.

ii) Identidad en la causa petendi, esto es, que la solicitud tenga fundamento en los mismos hechos, lo que también envuelve la situación en la que mediante técnicas y estrategias

argumentales se pretende ocultar tal identidad.

iii) Identidad de objeto, lo cual implica que la protección solicitada en las acciones de tutela sea la misma, o que con ellas se pretenda el amparo del mismo derecho fundamental.

Encuentra la Sala que efectivamente tales elementos concurren en el asunto puesto a consideración del juez de tutela, tal y como lo consideró el a-quo, esto es, el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo, el 16 de octubre de 2009. En primer lugar, la anterior acción de tutela también fue interpuesta por Geomar Payares Lara contra la Alcaldía de Sincelejo. De esta manera, se tiene que las partes en dicha acción son las mismas que en la acción de tutela que se revisa. En segundo lugar, los hechos relatados en la acción de tutela interpuesta con anterioridad también son idénticos a los relatados en la presente acción tutelar. En efecto, en las dos acciones la accionante señala que es miembro del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento Córdoba- Sucre y se desempeña como docente en la Institución Educativa Cerro del Naranjo. Aduce que la Alcaldía se ha negado a nombrarla en propiedad, bajo el argumento que no presentó concurso público de mérito, del cual se encuentra exenta en razón del artículo 62 de la Ley 115 de 1994. Agrega que se vulnera el derecho a la igualdad en razón a que el docente Holmes Gómez Palencia, sí fue nombrado en propiedad. En tercer lugar, al cotejar las pretensiones de las acciones de tutela se observa que en ambas son idénticas. En ambas se solicita que la administración expida el correspondiente acto administrativo de nombramiento en propiedad en el cargo de etnoeducadora.

En consecuencia, esta Sala confirmará la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo, el 16 de octubre de 2009, que declaró improcedente el amparo al establecer la presentación de acción de tutela previa por los mismos hechos.

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia del 20 de enero de 2010, adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil-Familia-Laboral, dentro del expediente T-2.567.775, y en su lugar, **CONCEDER** el amparo a los derechos fundamentales del Resguardo Indígena Kakiona, representada por Inty Wayne Chicagana, en su calidad de

Gobernador.

TERCERO.- En consecuencia, ORDENAR a la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca que, en el término de cuarenta y ocho horas (48), contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a expedir los correspondientes actos administrativos de nombramiento en propiedad de los docentes etnoeducadores designados en forma concertada con el Resguardo Indígena Kakiona.

CUARTO.- ORDENAR a la Alcaldía Municipal de Sincelejo que, en coordinación con el Ministerio del Interior, en un término de seis (6) meses, contados a partir de la notificación de la presente providencia, adelante el proceso de consulta previa para la designación de los etnoeducadores del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba-Sucre, de conformidad con sus usos y costumbres. Una vez sea finalizado dicho proceso, la Alcaldía deberá proceder al nombramiento en propiedad de los docentes escogidos. En relación con aquellos nombrados en provisionalidad, ORDENAR que el Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba-Sucre, dentro del ámbito de su autonomía y en coordinación con las autoridades de educación del Municipio, decida sobre las consecuencias de dichas designaciones. No obstante, este procedimiento no podrá afectar la continuidad y la oportuna prestación del servicio educativo dentro del Resguardo.

QUINTO.- REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 5 de noviembre de 2009, dentro del expediente T-2.595.297, mediante la cual se ampararon los derechos del señor Johanny Villadiego Parra. En su lugar, NEGAR la acción de tutela interpuesta.

SEXTO.- REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 3 de noviembre de 2009, dentro del expediente T-2.595.302, mediante la cual se ampararon los derechos de la señora Carmen María Álvarez Montes. En su lugar, NEGAR la acción de tutela interpuesta.

SÉPTIMO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 29 de octubre de 2009, dentro del expediente T-2.595.303, mediante la cual se negó el amparo a la señora Ibeth Beatriz Paternina Romero.

OCTAVO.- CONFIRMAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 16 de octubre de 2009, dentro del expediente T-2.595.306, mediante la cual se negó el amparo a la señora Olga María Benitez Vergara.

NOVENO.- REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 13 de noviembre de 2009, dentro del expediente T-2.595.316, mediante la cual se ampararon los derechos del señor Julio César Otero Hernández. En su lugar, NEGAR la acción de tutela interpuesta.

DÉCIMO.- REVOCAR por las razones expuestas en la presente providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el 25 de noviembre de 2009, dentro del expediente T-2.595.318. En su lugar, CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Sincelejo, el 16 de octubre de 2009, que declaró improcedente el amparo interpuesto por la señora Geomar María Payares Lara.

DÉCIMO PRIMERO.- COMUNICAR esta decisión a las Defensorías Regionales del Pueblo del Departamento de Sucre y Cauca, para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, acompañe el cumplimiento de las órdenes que se adoptan en esta providencia.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-907/11

DOCENTE INDIGENA-Puede ser nombrado en propiedad, previo el cumplimiento de requisitos (Aclaración de voto)

Los docentes indígenas pueden ser nombrados en propiedad, previo el cumplimiento de los requisitos que para el efecto se han fijado via legal y jurisprudencialmente, no solo como una garantía a su derecho a la autonomía y autodeterminación, sino también porque (i) la sentencia C-208 de 2007 no restringe dicha posibilidad y, (ii) de ésta manera se protege también el derecho de los etnoeducadores a tener las garantías y la estabilidad laboral de un nombramiento en propiedad, lo que en todo caso es un derecho de aplicación inmediata.

DERECHO A LA AUTONOMIA Y AUTODETERMINACION DE PUBLLOS INDIGENAS-Nombramiento en propiedad de etnoeducadores (Aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte me permito aclarar el voto en la presente oportunidad, debido a que si bien comparto el sentido general de la providencia no estoy de acuerdo con todos los argumentos presentados para sustentarla.

La ponencia estudia la situación de los etnoeducadores que se encuentran vinculados en provisionalidad, y que han solicitado ser nombrados en propiedad porque cumplen con los requisitos que actualmente existen para ser nombrados como docentes indígenas oficiales sin que la administración haya accedido a su petición. Después de un análisis de los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema, la Sala concluye que en efecto, los docentes indígenas pueden ser nombrados en propiedad si cumplen con los siguientes requisitos: (i) que la selección sea concertada entre las autoridades competentes y los

grupos étnicos, (ii) una preferencia sobre los miembros de las comunidades que se encuentren radicados en ellas, (iii) acreditación de formación en etnoeducación y, (iv) conocimientos básicos del correspondiente grupo étnico. Sin embargo, y pese a la cercanía con el asunto tratado en la sentencia T-379 de 2011, la ponencia se abstiene de estudiarla, por lo tanto, a continuación se expondrá cuál fue la decisión adoptada por la Corte en dicha ocasión, para explicar por qué considero que en todo caso éste no es un precedente aplicable a estos casos.

1. La sentencia T-379 de 2011

En la sentencia T-379 de 2011³⁵ se estudiaron dos asuntos relativos a etnoeducadores, para el caso que actualmente ocupa a la Sala es importante mencionar el problema jurídico analizado en el primero de ellos (expediente T-2.817.423), relativo al análisis del desconocimiento de los derechos fundamentales a la consulta previa y a la educación respetuosa de la identidad cultural de la comunidad y resguardo indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, por parte de las autoridades accionadas como consecuencia de la desvinculación de un grupo de docentes indígenas que se encontraban nombrados en provisionalidad en la institución educativa municipal El Encano de la ciudad de Pasto, en razón a la realización de concursos de méritos para el acceso a la carrera docente, que concluyeron con el nombramiento en propiedad de los primeros en las listas de elegibles.

La discusión se centró en establecer cuáles son los criterios para determinar las vacantes que deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos del decreto ley 1278 de 2002³⁶, mientras se expide la normatividad referente al régimen especial de ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para la población indígena, que actualmente se encuentra en proceso de consulta previa. Ahora bien, teniendo en cuenta que la realización de dichos concursos públicos de méritos no se puede detener, se determinó que eran necesarios criterios al menos temporales para fijar en qué casos las vacantes deben ser excluidas de los mismos cuando se trata de instituciones educativas oficiales que atienden población indígena y población que no se identifica como perteneciente a una etnia, señalando que éstos también deben ser determinados mediante un proceso de consulta previa a nivel departamental, municipal o distrital, con las comunidades indígenas que tengan presencia en

la entidad territorial respectiva.

Por lo tanto, se concedió el amparo solicitado puesto que no se tuvo en cuenta la participación de los grupos indígenas que se verían afectados y, se dijo que los requisitos para la exclusión de vacantes también son parte del proceso de consulta que se sigue actualmente en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas. En consecuencia, se decidió que mientras se concluye dicho proceso de consulta previa, los cargos que queden excluidos de la oferta de concursos de méritos para el acceso al escalafón docente, “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.”

Ahora bien, tal como lo enuncié la ponencia T-907 de 2011 no menciona nada sobre la sentencia T-379 de 2011, pero aún así, considero que en ésta última no existe un precedente constitucional aplicable al caso que actualmente revisa la Sala37, por dos razones: (i) el problema jurídico analizado en dicha ocasión es distinto al que ahora se plantea y, (ii) lo referente a la calidad del nombramiento de los etnoeducadores, mientras se expide la reglamentación oficial sobre el tema, no es la ratio decidendi de la sentencia T- 379 de 2011 sino un obiter dicta, no obstante, dicho razonamiento tuvo incidencia en la decisión que se adoptó, y en esta medida es importante explicar por qué no se sigue el mismo camino.

(i) Los problemas jurídicos son sustancialmente distintos: las sentencias T-379 y T-907 de 2011 tienen en común que estudiaron situaciones que involucran etnoeducadores, pero existen importantes diferencias fácticas en los casos de manera que el asunto de fondo, así como los problemas jurídicos que son tratados en una y otra providencia son distintos.

En el caso de la sentencia T- 379 de 2011, el accionante interpuso acción de tutela porque los profesores pertenecientes a la comunidad indígena Quillasinga “Refugio del Sol”, que habían sido nombrados en provisionalidad en la institución educativa municipal El Encano del municipio de Pasto, fueron desvinculados de la misma por haberse surtido todas las etapas del concurso de méritos para proveer los cargos de docentes no indígenas. El accionante, en su calidad de Gobernador del Resguardo Indígena Quillasinga, solicitó la protección de los derechos fundamentales de la comunidad a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural, puesto que en dicho

establecimiento educativo aproximadamente el 30% de la población estudiantil eran niños indígenas.

En los casos que actualmente se revisan, el representante legal del resguardo KAKIONA y, los miembros del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba, Cabildo Menor Indígena del Cerrito de la Palma, interpusieron la acción de tutela no porque hayan sido desvinculados de sus cargos en provisionalidad, sino porque reclaman a la administración su derecho a ser nombrados en propiedad, por cumplir con las exigencias que hasta este momento existen para el efecto, procurando así, un respeto por sus derechos a la autonomía y a la autodeterminación. De manera que, es claro que se trata de dos situaciones fácticas distintas, que desembocan en dos problemas jurídicos diferentes y, en consecuencia lo resuelto en la sentencia T-379 de 2011 sobre la calidad del nombramiento de los etnoeducadores, no resulta aplicable al caso que ahora se comenta.

(ii) Lo resuelto en la sentencia T-379 de 2011, sobre los nombramientos en provisionalidad de los etnoeducadores, no es la ratio decidendi de la misma, se trata de un obiter dicta: en dicha ocasión se concedió el amparo considerando que la realización de los concursos para provisión de cargos de docentes en instituciones encargadas de prestar el servicio de educación con diversidad étnica debieron ser precedidos por la consulta previa a las comunidades afectadas, para garantizar el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los temas que les atañen, y para asegurar la prestación del servicio educativo idóneo a las personas que asisten a instituciones de estas características.

Como fundamento central de la decisión, la Sala recordó que en el fallo que estudió la constitucionalidad de la ley 1278 de 2002 (sentencia C-208 de 2007) la Corte estableció que el 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 debe ser consultado previamente con las comunidades étnicas.

Por ello, antes de reportar las vacantes en instituciones oficiales que atienden población indígena debe convocarse una consulta previa destinada a sentar los criterios temporales para determinar cuándo las vacantes deben ser excluidas de los concursos públicos de méritos, mientras se produce la regulación integral del régimen de ascenso, permanencia y

retiro en instituciones que atiendan población étnicamente diversa.

En el caso que se estudió, el municipio de Pasto utilizó como criterios temporales para reportar las vacantes en esas instituciones, (i) que la población indígena fuera mayoritaria en la institución educativa; o (ii) que la institución contara con un proyecto etnoeducativo. Con base en esos criterios, reportó como vacantes cargos de la institución El Encano, ocupados en provisionalidad por docentes indígenas de la comunidad Quillasinga. Ni las pautas utilizadas, ni el reporte de instituciones con vacantes estuvo precedido del proceso de consulta previa, pese a tratarse de una medida que afectaba directamente a los pueblos aborígenes del departamento, por lo que se configuró violación al citado derecho fundamental.

Para armonizar los derechos de quienes ganaron el concurso de méritos, con los derechos de quienes se encontraban nombrados en provisionalidad y pertenecían a la comunidad indígena tutelante, la Sala ordenó a la Secretaría de Educación municipal iniciar las gestiones para reubicar a los primeros y, una vez lograda su reubicación reintegrar a los segundos. Finalmente, especificó que: “[l]os 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.”

En síntesis, si se examinan los términos en los que fue concedido el amparo en la sentencia T-379 de 2011, se llega a la conclusión de que lo dicho sobre la calidad del nombramiento de los etnoeducadores es un obiter dicta, consecuencia de lo establecido a cerca de la necesidad de la elaboración de una consulta previa para sentar los criterios para determinar qué vacantes serían excluidas de los concursos públicos de mérito para la vinculación de educadores, planteamiento que comparto plenamente pero, que vale la pena aclarar, no constituye un precedente aplicable al caso que ahora se estudia.

Entonces, me encuentro de acuerdo con las órdenes que se imparten en la sentencia T-907 de 2011 y las conclusiones a las que llega, sin embargo, considero que resulta importante exponer los argumentos que explican por qué no se acoge el criterio de la sentencia T-379 de 2011, que en todo caso, tal como se dejó expuesto no constituye un precedente aplicable.

1. La decisión adoptada en la sentencia T-907 de 2011

Ahora bien, la ponencia sostiene que los etnoeducadores pueden ser nombrados en propiedad, si cumplen con los requisitos señalados por la ley y la jurisprudencia actualmente vigentes, esto es: (i) que la selección sea concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos, (ii) una preferencia sobre los miembros de las comunidades que se encuentren radicados en ellas, (iii) acreditación de formación en etnoeducación y, (iv) conocimientos básicos del correspondiente grupo étnico. Lo anterior, en aras a la protección de su autonomía y autodeterminación, sin embargo, existen varios argumentos que refuerzan dicha decisión, pero que no son mencionados en la sentencia.

1. Mediante la sentencia C- 208 de 2007 la Corte Constitucional declaró exequible el decreto-ley 1278 de 2002 “[p]or el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”, en el entendido 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. Lo anterior, porque la Corte encontró que se incurrió en una omisión legislativa relativa, ya que la norma estudiada no reglamentó nada sobre este tema, siendo necesario que exista una regulación específica para los etnoeducadores.

En efecto, toda la argumentación de dicha sentencia, está encaminada a demostrar la omisión legislativa relativa en la que se incurrió al expedir el decreto-ley 1278 de 2002, y aunque se dijo que no se cuestiona el hecho de que para el ingreso de docentes indígenas se utilice el sistema de carrera a través del concurso de méritos ya que la Constitución acogió el mérito como el criterio imperante para el acceso al servicio público, no se especificaron reglas para el sistema de ingreso de los profesores indígenas mientras se expide el estatuto correspondiente. Solo se estableció que las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la ley general de educación y demás normas complementarias³⁸. En otras palabras, a partir de éste fallo no es posible concluir que la Corte ha considerado que los indígenas deberían ser nombrados en provisionalidad, mientras se culmina el proceso de consulta previa, ni que necesariamente deban ingresar al servicio público por medio de un

concurso de méritos, sino que ésta es solo una de las posibilidades constitucionalmente admisibles para el efecto.

2.2. Ahora bien, debe señalarse que los nombramientos en propiedad de los etnoeducadores, pueden generar ciertas complicaciones a futuro, pues si el resultado de la consulta previa que actualmente se está surtiendo sobre el estatuto de etnoeducadores, es que los mismos deben ingresar a la carrera administrativa mediante concurso de méritos, es posible que para el momento en que se realice el mismo no existan suficientes vacantes por proveer. Frente a éste argumento de conveniencia, vale la pena preguntarse si resulta constitucionalmente admisible restringir el derecho a acceder a cargos públicos de docentes, a la población indígena concretado en el derecho a ser nombrados en propiedad, porque se podrían afectar las expectativas de aquellos que se presenten a un eventual concurso de méritos, teniendo en cuenta que éste razonamiento se apoya en un futuro incierto, puesto que no es posible determinar cuándo se expedirá el correspondiente estatuto especial.

Recordemos que la sentencia de constitucionalidad que ordenó la consulta previa del estatuto de etnoeducadores, data del 2007 y aún no se tiene la regulación, además, el derecho a acceder a cargos públicos de forma definitiva y no solo con una estabilidad precaria, es de aplicación inmediata y no está sujeto a más condiciones que el cumplimiento de los requisitos de acceso existentes en el momento en el que el ciudadano aspira a ingresar al cargo.

La Corte ha dicho el acceso en propiedad a la carrera administrativa de los educadores, constituye un derecho de los mismos, en tanto ésta acarrea una serie de garantías que no posee un nombramiento en provisionalidad. Al respecto, recientemente, en la sentencia C-588 de 2009 se señaló:

“(…) la Corte Constitucional ha precisado que la carrera administrativa contribuye a asegurar la protección de los derechos de los trabajadores establecidos en la Constitución, pues “las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado”³⁹, en la medida en que ejercitan su derecho al trabajo “con estabilidad y posibilidad de promoción, según la eficiencia en los resultados en el cumplimiento de las funciones a cargo”⁴⁰ y con la posibilidad de obtener capacitación profesional, así como “los demás beneficios derivados de

la condición de escalafonados”, tal como se desprende de los artículos 2º, 40, 13, 25, 53 y 54 de la Carta 41.”⁴²

De manera que, no aceptar los nombramientos en propiedad de los docentes indígenas, significaría perpetuar indefinidamente una situación de estabilidad laboral precaria y, restringirles el acceso a un derecho que es de aplicación inmediata. Adicionalmente, frente a los conflictos que eventualmente puedan existir en torno a los etnoeducadores que hayan sido nombrados en propiedad, en la misma consulta previa que actualmente se adelanta sobre éste tema, se puede prever un régimen de transición en el que se contemple de qué manera se deberá proceder según la reglamentación que se expida.

En suma, considero que los docentes indígenas pueden ser nombrados en propiedad, previo el cumplimiento de los requisitos que para el efecto se han fijado vía legal y jurisprudencialmente, no solo como una garantía a su derecho a la autonomía y autodeterminación, sino también porque (i) la sentencia C-208 de 2007 no restringe dicha posibilidad y, (ii) de ésta manera se protege también el derecho de los etnoeducadores a tener las garantías y la estabilidad laboral de un nombramiento en propiedad, lo que en todo caso es un derecho de aplicación inmediata.

1. Consideraciones adicionales

Finalmente, me permito señalar que en la ponencia no se agotaron plenamente los problemas jurídicos que plantea este caso, pues no se estudió si resulta constitucionalmente admisible, limitar el derecho de los etnoeducadores que cumplen con los requisitos actualmente existentes para hacer parte del personal docente de las comunidades indígenas, a acceder a la función pública como docentes en propiedad, por no haberse expedido el estatuto especial para etnoeducadores. Así mismo, y en concordancia con lo anterior, se omitió analizar si se vulnera el derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, al negar nombramientos en propiedad de los etnoeducadores que han cumplido con los requisitos que existen actualmente para el efecto.

En consecuencia, existen argumentos adicionales a los expuestos en la sentencia que ayudan a sustentar la decisión que se tomó, la cual resulta favorable para la protección de

los derechos de los pueblos indígenas a su autodeterminación y autonomía y, el derecho de los etnoeducadores a ser nombrados en propiedad.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a aclarar el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-907/11

Referencia: Expedientes T-2567775 - T-2595302- T-2595316- T- 2595297- T- 2595303- T-2595306 y T-2595318

Acciones de Tutela instauradas por Inty Wayna Chikanqana como representante del Resguardo KAKIONA, Municipio de Almaguer, Departamento del Cauca contra la Gobernación del Cauca; Carmen María Álvarez Montes contra la Alcaldía Municipal de Sincelejo; Julio César Otero Hernández contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; Johanny Villadiego Parra contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; Ibeth Beatriz Paternina Romero contra Alcaldía Municipal de Sincelejo; Olga María Benítez Vergara contra Alcaldía Municipal de Sincelejo y Geomar María Payares Lara contra Alcaldía Municipal de Sincelejo.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el acostumbrado respeto por la decisiones de esta Sala de Revisión, explicaré a continuación las razones por las cuales salvo mi voto en relación con las decisiones tomadas en el asunto de la referencia, consistentes en nombrar en propiedad a los docentes del Resguardo Indígena Kakiona y del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, estos últimos previa realización de una consulta con la comunidad indígena respectiva.

Mediante la sentencia C-208 de 2007 la Sala Plena de la Corte Constitucional 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 los 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”.

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 cuestionaba 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 distinción 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”.

Como se verificó y explicó profusamente en la sentencia T-379 de 2011, hasta el momento no se han expedido normas para regular el concurso de méritos de etnoeducadores debido a que estas se encuentran en proceso de consulta previa en la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los Pueblos Indígenas creada por el decreto 2406 de 2007. Esto quiere decir que, de conformidad con la parte resolutoria de la sentencia C-208 de 2007, las disposiciones que regulan el tema siguen siendo las contenidas en la Ley General de Educación -ley 115 de 1994- y demás normas complementarias -como el decreto 804 de 1995-.

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).

(ii) “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).

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

Así las cosas, 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.

En este orden de ideas, hasta tanto no hayan sido consultadas y expedidas las normas relativas al Estatuto del Etnoeducador, los nombramientos de estos docentes deben hacerse de conformidad con la directiva ministerial mencionada, es decir, de manera provisional y no en propiedad, como lo ordenó la sentencia de la cual me aparto. Ello encuentra sentido porque, de otro modo, el proceso de consulta previa que se está surtiendo sería inútil ya que no habrá muchas vacantes por proveer cuando sea expedido el mencionado estatuto. Así mismo, hacer los referidos nombramientos en propiedad contradice la sentencia C-208 de 2007 según la cual la regla general para el acceso a la función pública es el concurso público de méritos, aun tratándose del servicio público de etnoeducación, no sólo por expresa disposición del artículo 125 de la Constitución sino por ser el sistema que promueve los

principios de igualdad e imparcialidad de la función pública reconocidos en la Constitución, los cuales garantizan “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”.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Folios 66-76, cuaderno 2.

3 Cfr. Sentencia T-973 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En la sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte ya había resaltado los dos primeros componentes del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas: participación en términos generales y consulta previa.

4 Cfr. Sentencias C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

5 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

6 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

8 Sentencia T- 704 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

9 T-703 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda

10 Sentencia T-778 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Así mismo, en asuntos relativos a la garantía del fuero indígena, se ha definido que el factor subjetivo – relativo a la demostración de que el sujeto juzgado es realmente indígena – depende de la conciencia étnica demostrada como una condición real, de acuerdo con la cual la persona se encuentra integrado a la comunidad y sigue los usos y costumbres de la misma. Ha sostenido esta Corporación por ejemplo que “[e]n relación con el elemento subjetivo (...) el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos.” (Sentencia T-1238 de 2004 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). Allí se reconoce la condición indígena de un sujeto, a partir de las propias certificaciones de la comunidad indígena a la cual pertenecía. Igualmente, pueden verse las sentencias T-728 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en donde la persona juzgada es asumido como indígena, a partir de la certificación de la gobernadora de la Comunidad Indígena de Chenche Amayarco del Municipio de Coyaima – Tolima, que lo identifica como tal; sentencias T-496 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-266 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-1294 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-009 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras.

11 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

12 M.P. Antonio Barrera Carbonell

13 M.P. Alejandro Martínez Caballero

14 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

15 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

16 Sentencia T- 703 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

17 Sentencia T- 174 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero

18 Sentencia T-342 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell

19 Observación General No. 13 “El derecho a la Educación”; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC).

20 Párr. 50.

21 Párr. 6.

22 Sentencias T-1227 de 2005, T-787 de 2006, T-550 de 2007 y T-805 de 2007, entre otras.

23 Ver al respecto: Tomasevski, Katarina (Relatora especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación). Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. Gothenbug, Novum Grafiska AB, 2001. Citado por Defensoría del Pueblo. El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, 2003, y Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Las Dimensiones Inclusivas del Derecho a la Educación: bases normativas”. Ver en internet en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001776/177649s.pdf>

24 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

25 M.P. Rodrigo Escobar Gil

26 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

27 Ver al respecto: Tomasevski, Katarina (Relatora especial de las Naciones Unidas para el derecho a la educación). Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable. Gothenbug, Novum Grafiska AB, 2001. Citado por Defensoría del Pueblo. El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Bogotá, 2003, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. “Las Dimensiones Inclusivas del Derecho a la Educación: bases normativas”. Ver en internet en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001776/177649s.pdf>, Sentencias T- 1030 de 2006. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T- 1259 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil

28 Sentencia T-124 de 1998

29 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 13 “El derecho a la educación”, párr. 6.

30 Véase los artículos 27, 28, 29, 30 y 31 del Convenio 169 de la OIT

31 Véase en internet: www.colombiaaprende.edu.co/html/.../articles-170840_archivo8.ppt. Consultado el 22 de octubre de 2011 a las 10:30 AM.

32 Ibíd.

33 M.P. Rodrigo Escobar Gil

34 Sentencia T-1233 del 10 de diciembre de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

35 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

36 Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente.

37 “Según la jurisprudencia, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta que punto el precedente es relevante o no: “(i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que ‘cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente’. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.” (Cfr. sentencia T-292 del 6 de abril de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).”

38 Esto es la ley 115 de 1994.

39 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

40 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

41 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

42 Sentencia C-588 de 2009.