



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 2176 de 2014 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014).-

Rad. No. 11001-03-06-000-2013-00501-00

Número interno: 2176

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS DE LOS DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES INDÍGENAS MIENTRAS SE EXPIDE UNA NORMATIVA CONCERTADA Y ESPECIAL. RÉGIMEN DE CARRERA A FALTA DE NORMATIVA ESPECIAL.

Actor: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL

La Ministra de Educación Nacional solicita concepto sobre la normativa aplicable en materia de ingreso, permanencia, situaciones administrativas y retiro de los educadores y directivos docentes indígenas a falta de una normativa especial y concertada.

1. ANTECEDENTES:

Explica la Ministra que mediante el Decreto Ley 1278 de 2002 se expidió el Estatuto de Profesionalización Docente, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-208 de 2007 pero en el entendido de que no es aplicable a los educadores indígenas porque no fue concertada con sus pueblos y por lo tanto no atendió a sus usos y costumbres.

Agrega que en consonancia con la sentencia C-208 de 2007, la Corte Constitucional en sentencias T-907 de 2011, T-801 de 2012 y T-049 de 2013 ha señalado que mientras no se expida el Estatuto de Profesionalización de los Etnoeducadores Indígenas, su nombramiento en propiedad se efectuará con base en los criterios adoptados por el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995 y en consecuencia se debe: i) efectuar una selección concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos, ii) preferir los miembros de las comunidades que se encuentren radicados en ellas, iii) exigir formación en etnoeducación y iv) solicitar la acreditación de conocimientos básicos del respectivo grupo étnico.

Anota la Ministra que en cumplimiento de los fallos de tutela enunciados y otros que se han proferido, las entidades territoriales certificadas en educación -previa concertación con las autoridades tradicionales- han nombrado educadores oficiales que laboran en territorios indígenas. No obstante existen dudas jurídicas sobre la aplicación de los decretos 2277 de 1979 y 1278 de 2002 que regulan situaciones administrativas de comisiones, permisos, licencias, encargos, etc.

También se manifiesta la existencia de incertidumbre sobre la normativa aplicable al retiro del servicio.

Dice la Ministra que las dudas surgen básicamente por las siguientes razones:

1. La sentencia C-208 de 2007 claramente señaló que el Decreto Ley 1278 de 2002 no es aplicable a los docentes indígenas.
2. El argumento utilizado por la Corte en dicha sentencia conlleva a que no se pueda aplicar el Decreto Ley 2277 de 1979 porque no tiene normas especiales para los docentes de grupos étnicos.
3. Los cargos de docentes indígenas no hacen parte de la carrera administrativa general regulada por la Ley 909 de 2004 por expresa disposición del artículo 5 numeral 1.

Así las cosas, formula las siguientes PREGUNTAS:

"En cuanto al ingreso.

1. La Corte Constitucional ha ordenado que los educadores indígenas sean nombrados en propiedad. De manera particular, la sentencia T-049 de 2013 señala que entre las personas que tienen prelación para efectos de este nombramiento se encuentran aquellas que actualmente están escalafonadas. De cumplirse lo anterior ¿estos educadores continuarían estando inscritos en el respectivo escalafón? En caso negativo, ¿cuáles serían sus derechos de carrera administrativa?

2. En el evento en que sea nombrada en propiedad una persona que no estaba previamente inscrita en ningún escalafón docente ¿qué norma regularía sus derechos de carrera administrativa?

En cuanto a la permanencia de los educadores indígenas en el servicio educativo.

3. ¿Pueden las entidades territoriales certificadas en educación reconocer a los educadores indígenas por analogía, las situaciones administrativas que regula el Decreto Ley 1278 de 2002? De no resultar procedente lo anterior, ¿se podría otorgar permisos, licencias, comisiones y encargos a los referidos servidores? ¿Cuál sería el fundamento normativo para ello?

4. ¿Deben las entidades territoriales certificadas en educación evaluar el desempeño de los educadores indígenas que deben ser nombrados en propiedad? En caso afirmativo ¿cuál sería el marco normativo aplicable para ello?

En cuanto al retiro del servicio de los educadores indígenas.

5. En caso de que sea viable evaluar el desempeño de los educadores indígenas nombrados en propiedad ¿podrían las entidades territoriales certificadas en educación declarar la insubsistencia de estos servidores cuando obtengan una calificación no satisfactoria, a pesar de que la respectiva autoridad tradicional indígena no haya avalado este retiro?

6. ¿Pueden las entidades territoriales certificadas en educación declarar la insubsistencia a los educadores indígenas, teniendo como única motivación del acto administrativo que la autoridad indígena ha retirado el aval que había otorgado al momento de su nombramiento en provisionalidad o en propiedad?

7. ¿Podrían aplicarse por analogía las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 a los educadores indígenas que han sido nombrados en propiedad en virtud de los fallos de tutela que han sido proferidos en algunas zonas del país? En caso negativo ¿cuál sería el marco normativo aplicable para ello?

2. CONSIDERACIONES:

Para dar respuesta a los interrogantes formulados, la Sala analizará los siguientes puntos: i) la etnoeducación y su especial contexto normativo, ii) los educadores indígenas y la consulta previa, iii) la situación laboral de los educadores indígenas según la jurisprudencia constitucional y iv) el caso concreto.

A. La etnoeducación y su especial contexto normativo

El artículo 7 de la Constitución Política reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación y por tanto la de los pueblos indígenas.

En cuanto a los fines y principios de la educación de los grupos étnicos es menester remitirse al artículo 67 constitucional el cual contempla que “[l]a 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”.

De manera más específica el artículo 68 ibídem dispone que “[l]os integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural” y a que la enseñanza que se imparta sea bilingüe, cuando las comunidades tengan tradiciones lingüísticas propias¹.

Para interpretar el sentido y alcance del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas la jurisprudencia

constitucional señala que el Convenio 169 de la O.I.T. hace parte del bloque de constitucionalidad² y en tal virtud es de aplicación obligatoria.³

Tal convenio, aprobado por la Ley 21 de 1991, se refiere a los *“Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”* y en lo atinente a educación dispone:

“Parte VI. Educación y Medios de Comunicación

ARTÍCULO 26 Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos 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. ARTÍCULO 27

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

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

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

ARTÍCULO 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

ARTÍCULO 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

ARTÍCULO 30:

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

ARTÍCULO 31:

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.”

De la normativa transcrita se desprende entonces que a los miembros de los pueblos indígenas se les debe garantizar el acceso a todos los niveles educativos en pie de igualdad con el resto de la respectiva comunidad nacional.⁴

Si bien es cierto que dentro del contexto de diversidad étnica y cultural de la Nación es necesario contar con un sistema educativo que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas, no puede pasarse por alto que la preservación de tal diversidad cuando pugna con otros intereses puede ser restringida válidamente para salvaguardar un interés de superior jerarquía, siempre que la medida sea lo menos gravosa posible.⁵

Estima la Sala que dentro de los intereses superiores se encuentra el que se imparta una educación de calidad que no solo no se oponga a la protección de la diversidad sino que la garantice, y para garantizarlo corresponde al Estado regular, inspeccionar y vigilar la prestación del servicio.⁶

A este respecto debe traerse a colación la Ley 115 de 1994 *“[p]or la cual se expide la ley general de educación”* cuyo artículo 5 establece:

“ARTÍCULO 5°. FINES DE LA EDUCACIÓN. De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política, la educación se desarrollará atendiendo a los siguientes fines:

- 1. El pleno desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, dentro de un proceso de formación integral, física, psíquica, intelectual, moral, espiritual, social, afectiva, ética, cívica y demás valores humanos.*
- 2. La formación en el respeto a la vida y a los demás derechos humanos, a la paz, a los principios democráticos, de convivencia, pluralismo, justicia, solidaridad y equidad, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad.*
- 3. La formación para facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.*
- 4. La formación en el respeto a la autoridad legítima y a la ley, a la cultura nacional, a la historia colombiana y a los símbolos patrios.*
- 5. La adquisición y generación de los conocimientos científicos y técnicos más avanzados, humanísticos, históricos, sociales, geográficos y estéticos, mediante la apropiación de hábitos intelectuales adecuados para el desarrollo del saber.*
- 6. El estudio y la comprensión crítica de la cultura nacional y de la diversidad étnica y cultural del país, como fundamento de la unidad nacional y de su identidad.*
- 7. El acceso al conocimiento, la ciencia, la técnica y demás bienes y valores de la cultura, el fomento de la investigación y el estímulo a la creación artística en sus diferentes manifestaciones.*
- 8. La creación y fomento de una conciencia de la soberanía nacional y para la práctica de la solidaridad y la integración con el mundo, en especial con Latinoamérica y el Caribe.*
- 9. El desarrollo de la capacidad crítica, reflexiva y analítica que fortalezca el avance científico y tecnológico nacional, orientado con prioridad al mejoramiento cultural y de la calidad de la vida de la población, a la participación en la búsqueda de alternativas de solución a los problemas y al progreso social y económico del país.*
- 10. La adquisición de una conciencia para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, de la calidad de la vida, del uso racional de los recursos naturales, de la prevención de desastres, dentro de una cultura ecológica y del riesgo y la defensa del patrimonio cultural de la Nación.*
- 11. La formación en la práctica del trabajo, mediante los conocimientos técnicos y habilidades, así como en la valoración del mismo como fundamento del desarrollo individual y social.*
- 12. La formación para la promoción y preservación de la salud y la higiene, la prevención integral de problemas socialmente relevantes, la educación física, la recreación, el deporte y la utilización adecuada del tiempo libre, y*
- 13. La promoción en la persona y en la sociedad de la capacidad para crear, investigar, adoptar la tecnología que se requiere en los procesos de desarrollo del país y le permita al educando ingresar al sector productivo.”*

Por otra parte los artículos 55 a 63 contemplan los principios y reglas especiales de la “educación para grupos étnicos”. El artículo 55 define la etnoeducación de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 55. DEFINICIÓN DE ETNOEDUCACIÓN. Se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos.

Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones.

PARÁGRAFO. En funcionamiento (sic) las entidades territoriales indígenas se asimilarán a los municipios para efectos de la prestación del servicio público educativo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993 y de conformidad con lo que disponga la ley de ordenamiento territorial.”

El artículo 56 prevé que la educación de los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación y se articula con la interculturalidad y diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Asimismo 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”.

Por lo anterior, es necesario que el Estado exija a los etnoeducadores estándares mínimos de desempeño. Se trata de garantizar a los estudiantes la obtención de bases académicas que les permitan adquirir conocimientos dentro de su propio contexto cultural, así como lograr condiciones de igualdad de oportunidades respecto de los demás miembros de la comunidad.

Tal como lo ha dicho esta Sala:

“El contexto legal así descrito permite a la Sala concluir en el tema de la educación formal, que tanto los niveles educativos previstos por la ley para todos los niños y jóvenes del país, como las áreas del conocimiento obligatorias, cobijan necesariamente a las poblaciones indígenas, no solo por derecho fundamental a la igualdad, sino como concreción de la especial protección constitucional que implica, para subsistir como etnia, la elevación de su nivel de competencia y de conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos dentro del respeto a su cultura, a sus costumbres y a su lengua.”

B. Los educadores indígenas y la consulta previa

Como se ha explicado, la jurisprudencia considera que el Convenio 169 de la O.I.T. hace parte del bloque de constitucionalidad⁸ y en tal virtud es de aplicación obligatoria.⁹

En lo que a la consulta previa a los pueblos indígenas respecta, el Convenio contempla lo siguiente: “ARTÍCULO 6°

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

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Con fundamento en las pautas generales fijadas en el Convenio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰ ha sostenido que el proceso de consulta previa tiene los siguientes requerimientos:

1. Debe adelantarse de buena fe.
2. Debe adoptar formas y medios de comunicación efectivos con las comunidades étnicas.
3. Debe hacerse de una manera idónea, apropiada y adecuada a las circunstancias con el fin de alcanzar un acuerdo sobre las medidas a adoptar.
4. Debe respetar los parámetros constitucionales relativos a la participación de las comunidades étnicas.
5. No puede consistir en un simple trámite administrativo por parte de las autoridades sino que debe ser “un proceso sustantivo de raigambre constitucional.”
6. Debe garantizarse a las comunidades afectadas la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso.
7. No puede ser extemporáneo.
8. No debe entenderse como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y las tradicionales.
9. Es posible que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación si así lo estiman pertinente.
10. Debe realizarse sobre la base del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos.
11. Debe estar precedido de un trámite preconsultivo en el cual se definan de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo.

12. Debe realizarse un ejercicio de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados.

Es preciso recordar que la consulta previa es reconocida como un derecho fundamental que se nutre del principio democrático, el derecho a la participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, de conformidad con el artículo 40 Superior,¹¹ el pluralismo jurídico y el reconocimiento de las etnias como comunidades diferenciadas y autónomas.¹²

También se identifican 3 eventos en que es necesaria la consulta previa por afectación directa de las comunidades étnicas¹³:

1. Cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que por expresa disposición constitucional debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas.
2. Cuando el asunto que va a ser regulado está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades.
3. Cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

La Corte Constitucional¹⁴ ha dicho que en el campo de la implantación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos el Convenio 169 de la O.I.T. prevé el mecanismo de la consulta previa cada vez que se vayan a implementar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente, en aras de la protección que se brinda a la diversidad étnica y cultural.

Conforme a lo anterior, la Corte acota que para todos los efectos deben ser consultados previamente los temas de ingreso, administración, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas.¹⁵

C. La situación laboral de los educadores indígenas según la jurisprudencia constitucional

La Ley 115 de 1994 “[p]or la cual se expide la ley general de educación” en el artículo 62 dispone:

ARTÍCULO 62. SELECCIÓN DE EDUCADORES. *Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano.*

La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos.

El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerán 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.

Para la Corte Constitucional el inciso segundo del artículo transcrito impone la obligación de expedir y aplicar el estatuto docente así como normas especiales.¹⁶ No obstante en la sentencia C-208 de 2007 encontró que con la expedición del Decreto Ley 1278 de 2002 “[p]or el cual se establece el estatuto de profesionalización docente” no se reguló lo relativo a los educadores indígenas y tampoco se consultó con las comunidades, por lo que estima que mientras se expide un estatuto especial y concertado, los artículos de la Ley 115 que regulan lo atinente a la etnoeducación tienen plena vigencia.¹⁷

En la misma sentencia arribó a las siguientes conclusiones:

“(a) De un lado, que el Decreto Ley 1278 de 2002 no era aplicable a las comunidades indígenas, en razón a que esta regulación (a) no había sido consultada con las comunidades indígenas y (b) el decreto había omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres.

(b) De otro lado, que hasta tanto no se expidiera la normatividad específica, la cual debe ser producto de la concertación y consulta previa con las comunidades indígenas, la elección de los etnoeducadores debía realizarse en concertación con los grupos étnicos, con el lleno de los requisitos que prevé el artículo 62 de la Ley 115 de 1994.

(c) Una vez cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, la Corte ha insistido en que a la comunidad indígena y a los docentes les asiste el derecho a que se proceda al nombramiento en propiedad. Lo anterior, como manifestación de la obligación constitucional de reconocer y proteger la diversidad étnica e identidad cultural de las comunidades étnicas y como garantía del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas.”

Finalmente la Corte en la sentencia T-049 de 2013 dice:

“En consecuencia, la Sala colige que como hasta el momento no se ha expedido la normatividad correspondiente para regular el nombramiento en propiedad de etnoeducadores, la cual se encuentra en proceso de consulta previa con las comunidades indígenas, esto implica, que de conformidad con lo decidido por esta Corte en la sentencia C-208 de 2007, las disposiciones que continúan vigentes y siguen regulando el tema son las contenidas en la Ley General de Educación -Ley 115 de 1994- y demás normas complementarias -como el Decreto 804 de 1995-. Estas normas prescriben que la selección de los etnoeducadores 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 prelaciones tales como que: (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); y que (iii) tendrán prelación para ser elegidos “los miembros de las comunidades en ellas radicados” (artículo 62 de la ley 115 de 1994).¹⁸

Así las cosas, según la jurisprudencia constitucional, en cuanto a la vinculación, administración y retiro de etnoeducadores se refiere, se debe agotar la concertación con las respectivas comunidades indígenas dentro del marco de la Ley General de Educación -Ley 115 de 1994- y demás normas complementarias.

Mientras se expide una normativa especializada que regule un estatuto docente para dichas comunidades no es aplicable el Decreto Ley 1278 de 2002.

D. El caso concreto

Para garantizar el derecho de las comunidades indígenas a tener una identidad educativa y por ende un sistema especial para proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación y la de sus pueblos, la Corte Constitucional reiteradamente ha insistido en que se debe asegurar un modelo educativo congruente con sus manifestaciones culturales y su forma de vida. También ha ordenado vincular en propiedad a quienes se van a desempeñar como educadores en tales comunidades.¹⁹

Según la Corte, si hubiere personas escalafonadas dentro de los miembros del respectivo grupo étnico que se encuentren en capacidad y disponibilidad para prestar el servicio como educadores indígenas, tendrán prelación para ser vinculadas.

En punto del escalafón es conveniente aclarar que la Corte Constitucional en la sentencia C-918 de 2002 dijo que la carrera docente pública está ligada al escalafón docente pero que no se confunden, puesto que el escalafón también puede amparar a los educadores privados, lo que implica que la inscripción en el mismo no significa que el docente se convierta inmediatamente en servidor público o que pertenezca a la carrera pública docente.

Aunque es claro que conforme a lo dicho por la Corte Constitucional, ni el Decreto 2277 de 1979 ni la Ley 1278 de 2002 son aplicables a las situaciones de los educadores indígenas, ella también ha señalado que mientras se expide un estatuto concertado con las comunidades, operan la Ley 115 de 1994 y demás normas complementarias.

En ese orden de ideas se encuentra que la Ley 115 no regula lo atinente a los derechos de carrera, permisos, licencias, comisiones y encargos, como tampoco lo hacen sus decretos reglamentarios 1860 de 1994 y 804 de 1995.

Empero, esta Sala estima que la Ley 909 de 2004 “[p]or la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” resulta aplicable por las siguientes razones:

1) La vinculación de los educadores indígenas al sistema público educativo no se limita a obtener un nombramiento en propiedad como lo ha ordenado la Corte Constitucional. Para que puedan desempeñar sus cargos en condiciones dignas e igualitarias mientras se dicta una regulación especial, se deben aplicar al menos las mismas garantías y condiciones laborales que en general ostentan los servidores públicos.

Esta afirmación tiene respaldo en la aludida sentencia C-208 de 2007 de la Corte Constitucional en la que se lee:

“Así las cosas, aun cuando las comunidades indígenas, 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.”

2) El artículo 3 numeral 2 de la Ley 909 prevé:

“2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- El que regula el personal docente”

3) El artículo 55 ibídem establece:

“RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL. Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3o. de la presente ley.”²⁰

Ahora bien, no puede pasarse por alto que los docentes ante todo son personas y por ende titulares de derechos que nuestra Constitución reconoce y protege con primacía y sin discriminación alguna²¹, como el derecho a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas (C.P. artículos 14 y 25), la libertad de escoger profesión y oficio (C.P. artículo 26), el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (C.P. artículo 40), la igualdad de oportunidades, y el derecho a remuneración mínima vital y móvil, y a la estabilidad en el empleo (C.P. artículo 53).

En suma, para evitar el absurdo de una vinculación laboral con el Estado en circunstancias de inferioridad frente a los demás servidores, los educadores indígenas tienen derecho a permisos, licencias, comisiones, encargos y demás prerrogativas de la carrera administrativa en las condiciones señaladas en la Ley 909 de 2004, así como en los decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen reglamenten o sustituyan.

Negar la aplicación de la normativa general a falta de una reglamentación especial implicaría una discriminación negativa, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la evaluación de docentes, es preciso observar que el artículo 67 de la Constitución dispone que “[l]a 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” y que “[c]orresponde 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.”

Debe igualmente observarse, y hacerlo en concordancia, el inciso cuarto del artículo 125 de la Constitución Política en cuanto establece que el retiro de los cargos de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 115 de 1994 señala:

“ARTÍCULO 4º. CALIDAD Y CUBRIMIENTO DEL SERVICIO. Corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia velar por la calidad de la educación y promover el acceso al servicio público educativo, y es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales, garantizar su cubrimiento.

El Estado deberá atender en forma permanente los factores que favorecen la calidad y el mejoramiento de la educación; especialmente velará por la cualificación y formación de los educadores, la promoción docente, los recursos y métodos educativos, la innovación e investigación educativa, la orientación educativa y profesional, la inspección y evaluación del proceso educativo.”

Se sigue entonces que los educadores indígenas pueden y deben ser calificados para asegurar una educación de calidad e incluyente que proporcione a los estudiantes pertenecientes a sus comunidades las herramientas necesarias en orden a que, dentro del respeto de sus creencias y tradiciones, puedan vincularse al proceso productivo y social que los coloque “al menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.”²²

Es necesario tener en cuenta que el Convenio 169 de la O.I.T. prevé que los programas y servicios de educación deben desarrollarse con la cooperación y participación de los pueblos interesados y que para garantizar dicho cometido existe el mecanismo de la consulta previa cada vez que se prevean medidas administrativas que les puedan afectar directamente.²³

Dicha consulta, tal y como se anotó en el acápite B de este concepto, debe reunir una serie de requisitos entre los que se destacan: i) no debe ser un mero trámite formal, ii) debe ser oportuna, iii) debe efectuarse de manera adecuada a las circunstancias para alcanzar un acuerdo sobre las medidas por adoptar y iv) debe ponderar los intereses en juego.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que las comunidades tradicionales no tienen un poder de veto²⁴

En desarrollo de dicha idea también ha dicho la jurisprudencia:

“5.16. Respecto de la preservación de la competencia para adoptar una decisión, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida.”

En tal virtud la Sala concluye que, ante la necesidad de calificar la labor de los educadores, debe agotarse la consulta previa para la adopción del sistema de evaluación de desempeño, de conformidad con el artículo 40 de la Ley 909 de 2004.

Una vez efectuada la calificación del docente con la participación de la comunidad indígena, y de resultar objetivamente insatisfactoria, se podrá disponer su retiro del servicio así la comunidad no avale la medida.

De la misma manera, el solo hecho de que un educador indígena ya no cuente con el aval de su comunidad no debe afectar su permanencia en el servicio, siempre que la calificación de su desempeño sea satisfactoria, como lo establece el artículo 37 de la Ley 909 de 2004.

2. La Sala RESPONDE:

En cuanto al ingreso.

1. La Corte Constitucional ha ordenado que los educadores indígenas sean nombrados en propiedad. De manera particular, la sentencia T-049 de 2013 señala que entre las personas que tienen prelación para efectos de este nombramiento se encuentran aquellas que actualmente están escalafonadas. De cumplirse lo anterior ¿estos educadores continuarían estando inscritos en el respectivo escalafón? En caso negativo, ¿cuáles serían sus derechos de carrera administrativa?

Los docentes escalafonados que tomen posesión de su cargo como educadores indígenas en propiedad continuarán inscritos en el correspondiente escalafón mientras no exista normativa especial que disponga otra cosa.

2. En el evento en que sea nombrada en propiedad una persona que no estaba previamente inscrita en ningún escalafón docente ¿qué norma regularía sus derechos de carrera administrativa?

En el evento de que sea nombrada en propiedad una persona que no esté inscrita en el escalafón docente, sus derechos de carrera serán los que prevé la Ley 909 de 2004, mientras se expide la normativa especial.

En cuanto a la permanencia de los educadores indígenas en el servicio educativo.

3. ¿Pueden las entidades territoriales certificadas en educación reconocer a los educadores indígenas por analogía, las situaciones administrativas que regula el Decreto Ley 1278 de 2002? De no resultar procedente lo anterior, ¿se podría otorgar permisos, licencias, comisiones y encargos a los referidos servidores? ¿Cuál sería el fundamento normativo para ello?

De conformidad con la jurisprudencia constitucional a las situaciones administrativas de los educadores indígenas no les resulta aplicable el Decreto Ley 1278 de 2002.

Empero, se podrán conceder permisos, licencias, comisiones y encargos en las condiciones señaladas por la Ley 909 de 2004, así como en los decretos 2400 de 1968, 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen reglamenten o sustituyan.

4. ¿Deben las entidades territoriales certificadas en educación evaluar el desempeño de los educadores indígenas que deben ser nombrados en propiedad? En caso afirmativo ¿cuál sería el marco normativo aplicable para ello?

El desempeño de los educadores indígenas debe ser evaluado y su marco normativo está constituido por los artículos 67 y 125 de la Constitución Política, 6 y 27 del Convenio de la O.I.T., 4 de la Ley 115 de 1994 y 37 a 43 de la Ley 909 de 2004.

En cuanto al retiro del servicio de los educadores indígenas.

5. En caso de que sea viable evaluar el desempeño de los educadores indígenas nombrados en propiedad ¿podrían las entidades territoriales certificadas en educación declarar la insubsistencia de estos servidores cuando obtengan una calificación no satisfactoria, a pesar de que la respectiva autoridad tradicional indígena no haya avalado este retiro?

Una vez efectuada la calificación de un educador con la participación de la comunidad indígena, y de resultar objetivamente insatisfactoria, se podrá disponer el retiro del servicio así la comunidad no avale la medida.

6. ¿Pueden las entidades territoriales certificadas en educación declarar la insubsistencia a los educadores indígenas, teniendo como única motivación del acto administrativo que la autoridad indígena ha retirado el aval que había otorgado al momento de su nombramiento en provisionalidad o en propiedad?

El solo hecho de que un educador indígena ya no cuente con el aval de las autoridades de su comunidad no debe afectar su permanencia en el servicio, siempre que la calificación de su desempeño sea satisfactoria.

7. ¿Podrían aplicarse por analogía las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 a los educadores indígenas que han sido nombrados en propiedad en virtud de los fallos de tutela que han sido proferidos en algunas zonas del país? En caso negativo ¿cuál sería el marco normativo aplicable para ello?

Las causales de retiro del servicio consagradas en la Ley 909 de 2004 son aplicables con carácter supletorio a los educadores indígenas nombrados en propiedad.

Remítase a la Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMÁN BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

ÁLVARO NAMÉN VARGAS

CONSEJERO DE ESTADO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO DE ESTADO

LUCÍA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 C.P. artículo 10.

2 Corte Constitucional. Sentencias C-169 de 2001 y C-401 de 2005.

3 Corte Constitucional. Sentencias C 921 de 2007 y T-704 de 2006.

4 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de octubre de 2012. Radicado 2116.

5 Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2012.

6 Constitución Política. Artículo 67.

7 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de octubre de 2005. Radicado 1690.

8 Corte Constitucional. Sentencias C-169 de 2001 y C-401 de 2005.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias C 921 de 2007 y T-704 de 2006.

-

1 Corte Constitucional. Sentencias C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-063 de 2010.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-208 de 2007.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-907 de 2011.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-049 de 2013.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-208 de 2007.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-379 de 2011.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencias T-907 de 2011, T-801 de 2012 y T-049 de 2013.

¹⁹ Los artículos 3 y 55 fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2006.

El artículo 3 de la Ley 909 dispone:

“1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media.

- A los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 30 <sic, se refiere al Art. 13, que modifica el Art. 30 de la Ley 294 de 1996> de la Ley 575 de 2000;

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación;

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales.

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- El que regula el personal docente.
- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

²⁰ Constitución Política, artículo 5.

²¹ O.I.T. Convenio 169. Artículo 26.

²² Artículos 6 y 27.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-068 de 2013.

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:49:31