

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado Ponente

STP222-2018

Radicación n.º 95966

Acta 010

Bogotá D. C., enero dieciocho (18) de dos mil dieciocho (2018).

VISTOS

Resuelve la Sala la impugnación formulada por el Representante Legal del Consejo Comunitario “Río Satinga” del Municipio de Olaya Herrera (Nariño), Milton Caicedo Hurtado, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que amparó el derecho fundamental de petición invocado por ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES, en el marco de la acción de tutela promovida por ella frente a la autoridad impugnante, el Ministerio de Educación Nacional, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño.

ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

1. Los presupuestos fácticos de la presente acción constitucional fueron sintetizados por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el fallo de primera instancia, así:

«Manifiesta la accionante, haber superado todas las etapas del concurso público de méritos dentro de la Convocatoria Nro. 238 de 2012 de la CNSC, para proveer vacantes de etnoeducadores de primaria de las Instituciones Educativas oficiales que atiende población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el Departamento de Nariño.

Señala que ocupó el puesto 154, razón por la cual en audiencia realizada el 3 de diciembre de 2015 escogió el Centro Educativo Merizalde Porvenir del Municipio de Olaya Herrera, razón por la cual mediante derecho de petición solicitó al Consejo Comunitario “Río Satinga” expida el Aval de reconocimiento cultural siendo este un requisito para acceder al cargo en periodo de prueba, sin embargo el mencionado Consejo negó el aval.

Posteriormente, el día 31 de julio del 2017, en segunda audiencia de escogencia de plaza, eligió el Centro Educativo Merizalde Porvenir del municipio de Olaya Herrera, donde se le informó que contaba con un término de 15 días para allegar el aval de reconocimiento cultural, por lo que realizó nueva solicitud al Consejo Comunitario para que se expida el aval, siendo negada por el representante legal con fundamento en la sentencia C-666 de 2016.

Finalmente menciona, que hasta la fecha, no se ha dado solución a la vulneración de sus derechos por parte de las entidades accionadas, manteniéndose en la negativa de realizar el nombramiento y posesión para el cargo de docente al cual tiene derecho».

2. Por lo expuesto, ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES, acudió al juez de tutela para que, previo el agotamiento del trámite establecido en el Decreto 2591 de 1991, proteja sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a los cargos públicos y, en consecuencia, ordene: por un lado, al Consejo Comunitario “Río Satinga” del Municipio de Olaya Herrera (Nariño) que «expida el correspondiente aval de reconocimiento cultural, teniendo en cuenta que cumpla con todos los requisitos para acceder al cargo de etnoeducador docente de primaria en el Centro Educativo Merizalde

Porvenir» ubicado en la referida municipalidad; de otra parte, que dicho ente remita el aludido documento a la Secretaría de Educación del Departamento de Nariño; y finalmente, requiera a esta última dependencia para «que proceda a realizar el nombramiento en período de prueba en el cargo seleccionado».

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

1. De la petición de amparo conoció la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que en proveído fechado 11 de octubre de 2017¹, avocó el conocimiento de la actuación y comunicó lo pertinente a las autoridades demandadas para que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa; asimismo, vinculó «a los terceros interesados a la presente acción» para lo cual ordenó a la CNSC que publique en el portal web de la entidad la admisión y el contenido del presente recurso de amparo.

Posteriormente, en auto del 20 de octubre de 2017², dispuso integrar al contradictorio «al docente que se encuentra en provisionalidad en el cargo al cual optó la accionante perteneciente al Centro Educativo “Merizalde Porvenir” del municipio de Olaya Herrera (N)».

2. Las respuestas ofrecidas por las autoridades comprometidas en este trámite fueron resumidas por el Cuerpo Colegiado de primer nivel, así:

«1.4.1 Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC:

El Doctor Víctor Hugo Gallego Cruz, asesor jurídico de la CNSC, allegó respuesta el 13 de octubre de 2017, señalando que dentro de la lista de elegibles de la Convocatoria No. 238 de 2012, se encuentra la accionante ocupando la posición Nro. 154 con un puntaje de 56.66, razón por la cual en audiencia pública la actora optó por un cargo que requiere para su nombramiento en periodo de prueba, el cumplimiento del requisito de aval de reconocimiento.

En ese entendido, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela desvinculando a la entidad que representa, pues la situación laboral de los elegibles es responsabilidad del ente territorial, y la competencia de la CNSC solo va hasta la conformación de la lista de elegibles.

1.4.2 Secretaría de Educación Departamental de Nariño:

La Doctora Doris Mejía Benavides, Secretaria de Educación Nacional, presentó contestación a la acción de tutela con escrito del 30 de agosto de 2017, mencionando que acorde a lo consagrado en el Decreto Único Reglamentario del Sector Educativo 1075 de 2015, el aval de reconocimiento cultural es y sigue siendo el requisito que necesita la entidad para nombrar en periodo de prueba, sumado a que la accionante eligió una plaza en territorio colectivo, razón por la cual no se ha vulnerado derecho fundamental alguno en cabeza de esa entidad, pues ha cumplido con las funciones que son de su competencia. Por lo anterior solicita se declare la improcedencia de la demanda tutelar.

1.4.3 Ministerio de Educación Nacional:

La Doctora Margarita María Ruiz Ortégón, asesora de esta entidad, presentó respuesta al trámite tutelar mediante escrito del 12 de octubre de 2017, estableciendo que el concurso se basó en los protocolos de evaluación que fueron elaborados de manera concertada con los representantes de los pueblos negros, afrocolombianas, raizales y palenqueros, en el marco de las sesiones de trabajo de la Comisión Pedagógica Nacional.

Es así como se estableció el requisito del aval de reconocimiento cultural, sin embargo aclara, que los Consejos Comunitarios deben decidir sobre el aval con base en fundamentos objetivos, de tal manera que las entidades territoriales puedan nombrar en periodo de prueba.

Finalmente, señala al Consejo Comunitario le corresponde otorgar el aval de reconocimiento

cultural bajo ciertos parámetros, en un proceso mediante el cual los integrantes de dichos consejos evalúan la calidad y pertinencia de los proyectos que hayan formulado las personas que hagan parte de la lista de elegibles, resultando arbitrario negarse con argumentos infundados que no corresponden, ni respetan el ordenamiento legal vigente.

1.4.4 Consejo Comunitario “Río Satinga” del municipio de Olaya Herrera:

El señor Milton Caicedo Hurtado, representante legal del Consejo Comunitario “Río Satinga”, presentó respuesta el 17 de octubre de 2017, manifestando que debe prevalecer el respeto por la identidad cultural de las comunidades afrocolombianas, negras, raizal y palenquera, al interés particular de la accionante en ser nombrada para un cargo que no se encuentra debidamente preparada.

Manifiesta que en virtud de las sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016, el concurso de méritos por el cual pretenden asumir los nuevos docentes, es inaplicable a los actos administrativos de vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos, y lo contrario sería una imposición que va en contravía de la protección constitucional tendiente a la salvaguarda de la diversidad étnica y cultural».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante fallo dictado el 25 de octubre de 2017, tuteló el derecho fundamental de petición de la actora y, en consecuencia, ordenó al Representante Legal del Consejo Comunitario “Río Satinga” del municipio de Olaya Herrera, que en el término de 5 días «valore de manera precisa y detallada la posibilidad de otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES, y en caso de concluir que no procede tal decisión, es decir, que no puede reconocerse el aval solicitado, deberá explicar por medio escrito, de forma clara y completa, las razones por las cuales sus conocimientos o capacidades no preservan la identidad étnica cultural de su comunidad negra, y por ello no es apta para desempeñarse

como docente».

Adicionalmente, requirió al referido ente Colegiado para que dentro de los 2 días siguientes al «vencimiento del término indicado en el numeral precedente, tome una de las siguientes decisiones: (i) otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES en caso de no tener razones objetivas que justifiquen su negativa; o (ii) otorgar el aval de reconocimiento cultural a los miembros de la respectiva comunidad que se encuentran en la lista de elegibles, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural a la señora ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES».

Lo anterior de conformidad con los criterios fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-292 de 2017, en la cual se estableció que «los Consejos Comunitarios de las comunidades negras, tienen la facultad de otorgar o no el aval de reconocimiento cultural, sin embargo [...] tal prerrogativa no es absoluta, pues su no reconocimiento debe obedecer a causales objetivas, es decir, que el elegido en el concurso de méritos no pueda preservar la identidad cultural de la comunidad afrocolombiana en la que va a ejercer como etnoeducador, pues desconoce su idioma, historia, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de esa comunidad y esos conocimientos los requiera para impartir las clases a los menores de edad de la comunidad».

IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo decidido por el Tribunal a quo, impugnó la decisión, el Representante Legal del Consejo Comunitario “Río Satinga” del Municipio de Olaya Herrera (Nariño), Milton Caicedo Hurtado⁴, recurso que fue concedido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, tras establecer que fue interpuesto en término, mediante auto del 3 de noviembre de 2017⁵.

Solicitó el recurrente la revocatoria de la sentencia para que en su lugar se declare

improcedente la demanda, para lo cual insistió en que el Consejo Comunitario al que representa no puede otorgarle el aval a la docente ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES, pues a su juicio, el concurso de méritos en el que ella participó no tiene valor alguno, en razón de lo resuelto en la Sentencia C-666 de 2016.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1382 de 2000, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en razón de ser el superior funcional de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

2. El artículo 86 de la [Constitución Política](#) establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualesquier autoridad pública o por particulares en los casos previstos de manera expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o, existiendo, cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable.

3. Para su procedencia se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo.

Criterio sostenido también por la Corte Constitucional al señalar que «...es indispensable un

mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral del derecho cuya efectividad se solicita a través de la acción de tutela. Por consiguiente, quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación» (C.C.S.T-864/1999).

4. En el asunto sub examine, desde ahora la Sala anuncia que confirmará la decisión impugnada, toda vez que, el análisis y las órdenes impartidas por el Tribunal a quo en favor de los derechos invocados por la ciudadana ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES, se adecúan y reiteran los criterios ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-292 del 8 de mayo de 2017.

En efecto, en la citada decisión la Corte examinó el caso de R.E.B.F., quien se presentó a la Convocatoria n.º 238 de 2012 para la selección de etnoeducadores para las comunidades negras del departamento de Nariño y pese a encontrarse en lista de elegibles, le fue negado el aval de reconocimiento cultural por parte del Consejo Comunitario “Río Sanquianga”, circunstancia que ha impedido su nombramiento en período de prueba.

Ahora, en el cometido de dilucidar la citada problemática, luego de un extenso análisis jurídico y jurisprudencial, el Tribunal Constitucional concluyó:

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

[...]

c) La etnoeducación es una garantía constitucional y un derecho fundamental con enfoque diferencial en cabeza de las comunidades étnicas y de los individuos que hacen parte de la

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

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

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

f) Los consejos comunitarios de las comunidades negras, en calidad de máximas autoridades de administración interna dentro del territorio de cada comunidad, están obligados a velar por la preservación de la identidad cultural de su comunidad. En razón a ello, las normas

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

g) La negación del aval de reconocimiento cultural no puede obedecer a una decisión caprichosa del consejo comunitario, sino a causales objetivas tales como desconocer el idioma, la historia, las tradiciones orales, la filosofía, la literatura, el sistema de escritura o cualquier otra manifestación cultural propia de la comunidad negra en relación con las clases a impartir. La exposición de dichas razones constituyen una condición de protección del derecho de petición y del debido proceso, dada la importancia que tiene dicha respuesta en tanto de ella depende la posibilidad efectiva de acceder a un cargo público.

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

En ese sentido, en la parte resolutive, entre otras determinaciones, ordenó al Consejo Comunitario demandado que: «en un término máximo de cinco días siguientes a la

notificación de la presente providencia, el Consejo Comunitario Río Sanquianga valore de manera precisa y detallada la posibilidad de otorgar el aval de reconocimiento cultural a la señora R.E.B.F. y, en caso de concluir que no procede tal decisión, le explique de manera clara, completa y por escrito, las razones por las cuales sus conocimientos o capacidades no preservan la identidad étnica y cultural de la comunidad negra» y adicionalmente, requirió al referido ente colegiado para que «dentro de los dos días siguientes al vencimiento del término indicado en el numeral precedente, tome una de las siguientes dos decisiones: (i) otorgue el aval de reconocimiento cultural a la señora R.E.B.F. en caso de no tener razones objetivas que justifiquen su negativa; u (ii) otorgue el aval de reconocimiento cultural, en las condiciones establecidas en el fundamento 48 de esta providencia, a los miembros de la respectiva comunidad que se encuentran en la lista de elegibles, en caso de existir causales objetivas para negar el aval de reconocimiento cultural a la señora R.E.B.F. – cláusula de preferencia».

5. Por lo anterior, se reitera, fue acertada la orden impartida en el fallo de tutela impugnado, pues la misma, entre otros aspectos, se ciñe a los criterios desarrollados por el Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional en la Sentencia T-292 de 2017, providencia que constituye un claro precedente en el caso concreto, pues los supuestos fácticos y jurídicos allí analizados son similares al que ahora concita la atención de esta Sala.

Además, de la revisión de los elementos de prueba allegados a este trámite, resulta claro que el Representante Legal del Consejo Comunitario de “Rio Satinga” del municipio de Olaya Herrera (Nariño), en el comunicado de fecha 30 de octubre de 2017⁶ que le remitió a la señora ANA LUCÍA ESPAÑA CIFUENTES no cumplió con la carga de exponer de manera fundada y objetiva las razones por las cuales la prenombrada no es merecedora del aval de reconocimiento cultural, desconociendo de esa forma no sólo el derecho de petición, sino también el debido proceso y la prerrogativa de acceso a los cargos públicos.

6. Por lo anteriormente expuesto al no advertir la Sala reparo alguno en la decisión de tutela

de primera instancia, impartirá confirmación a la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión Penal de Tutelas n.º 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2017 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por las razones expuestas en esta providencia.
2. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- | | | | |
|---|-----|---|------------|
| 1 | Ver | folio 30 del Cuaderno Original Principal de Tutela de Primera | Instancia. |
| 2 | Ver | folio 64. Ibídem. | |
| 3 | Ver | folios 108 a 116. Ibídem. | |

- 4 Ver folios 138 a 140. Ibídem.
- 5 Ver folio 142. Ibídem.
- 6 Ver folios 140 (anverso) a 141. Ibídem.
- 7