

Sentencia C-208/07

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Alcance

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Casos en que se aplica

SENTENCIA DE EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Casos en que se aplica

MULTICULTURALISMO-Reconocimiento y protección

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Fundamental colectivo/**DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA**-Fundamental individual

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Hace parte del bloque de constitucionalidad

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Obligaciones que impone a los gobiernos respecto a la participación de los pueblos indígenas

CONVENIO 169 DE ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta previa a pueblos indígenas

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Límites jurisprudenciales

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Alcance

DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS A LA IDENTIDAD EDUCATIVA-Derecho a recibir educación especial

DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS A LA EDUCACION ESPECIAL-Carácter fundamental

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.

DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS A LA IDENTIDAD EDUCATIVA EN CONVENIO 169 DE ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Alcance

CONSULTA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental

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, al consagrar expresamente en su artículo 27 que “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben 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 las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”. En esa medida, no cabe duda que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.

REGIMEN LEGAL DE EDUCACION PARA GRUPOS ETNICOS-Antecedentes normativos

ETNOEDUCACION-Definición legal

ETNOEDUCACION-Fines y principios

COMUNIDADES INDIGENAS-Reconocimiento de estatus especial por la Constitución Política y Convención 169 de la OIT

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA EN ESTATUTO DE PROFESIONALIZACION DOCENTE-Configuración porque no reguló vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para grupos indígenas/**CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA EN ESTATUTO DE PROFESIONALIZACION DOCENTE**-Desconocimiento

Para la Corte es claro que el legislador, al expedir el Decreto 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 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.

DOCENTE DE COMUNIDAD INDIGENA-Requisitos para la provisión de cargo, según la Constitución y Convención 169 de la OIT

De acuerdo con tal estatuto, la provisión de cargos docentes y directivos docentes para las comunidades indígenas 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).

CARRERA ADMINISTRATIVA-Regulación es exclusiva del legislador

SERVICIO PUBLICO DE EDUCACION-Regulación es exclusiva del legislador

DOCENTE DE COMUNIDAD INDIGENA Y CARRERA DOCENTE-Sometimiento a normas constitucionales sobre acceso, permanencia y retiro de la función pública

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. En consecuencia, 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.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD INTEGRADORA POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Aplicación/**DECRETO LEY 1278 DE 2002**-No aplicable a situaciones administrativas relacionadas con vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para grupos indígenas/**ETNOEDUCACION EN LEY GENERAL DE EDUCACION**-Aplicación mientras el legislador regula de manera especial la materia

En el presente caso, se ha explicado que no resulta contrario a la Constitución que el Decreto-Ley 1278 de 2002 regule la forma de acceso al servicio educativo estatal y acoja el sistema de carrera por concurso de méritos como el mecanismo idóneo. No obstante, también se ha dejado claro que su incompatibilidad con la Carta deviene, en realidad, del hecho de haber omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres. Siendo ello así, 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.

Referencia: expediente D-6459

Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, "Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".

Demandante: William López Tovar

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Walter López Tovar presentó demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, "Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente".

Mediante Auto del veintiocho (28) de agosto de dos mil seis (2006), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda radicada bajo el número D-6459, fijar en lista la norma acusada por el término de diez (10) días con el fin de otorgar la oportunidad a todos los ciudadanos de impugnarla o defenderla, y dar traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto a su cargo, de acuerdo con el artículo 7 del decreto 2067 de 1991. En el Auto también se ordenó comunicar la demanda al Ministro del Interior y de Justicia, al Ministro de Educación, al Ministro de Cultura, al Defensor del Pueblo, al Director de la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, al Director de la Comisión Colombiana de Juristas y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades Rosario, del Cauca, de Nariño y Nacional, para que si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso con el propósito de impugnar o defender las disposiciones acusadas.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Nacional y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe la norma acusada, conforme a su publicación en el Diario Oficial número 44.840 del 20 de junio de 2002:

"DECRETO 1278 DE 2002

(Junio 19)

Diario Oficial 44.840, de 20 de junio de 2002

"Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001,

DECRETA:

CAPITULO I.

OBJETO, APLICACIÓN Y ALCANCE.

ARTÍCULO 1o. OBJETO. *El presente decreto tiene por objeto establecer el Estatuto de Profesionalización Docente que regulará las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y*

retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes.

ARTÍCULO 2o. APLICACIÓN. Las normas de este estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.

Los educadores estatales ingresarán primero al servicio, y si superan satisfactoriamente el período de prueba se inscribirán en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

ARTÍCULO 3o. PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN. Son profesionales de la educación las personas que poseen título profesional de licenciado en educación expedido por una institución de educación superior; los profesionales con título diferente, legalmente habilitados para ejercer la función docente de acuerdo con lo dispuesto en este decreto; y los normalistas superiores.

ARTÍCULO 4o. FUNCIÓN DOCENTE. La función docente es aquella de carácter profesional que implica la realización directa de los procesos sistemáticos de enseñanza-aprendizaje, lo cual incluye el diagnóstico, la planificación, la ejecución y la evaluación de los mismos procesos y sus resultados, y de otras actividades educativas dentro del marco del proyecto educativo institucional de los establecimientos educativos.

La función docente, además de la asignación académica, comprende también las actividades curriculares no lectivas, el servicio de orientación estudiantil, la atención a la comunidad, en especial de los padres de familia de los educandos; las actividades de actualización y perfeccionamiento pedagógico; las actividades de planeación y evaluación institucional; otras actividades formativas, culturales y deportivas, contempladas en el proyecto educativo institucional; y las actividades de dirección, planeación, coordinación, evaluación, administración y programación relacionadas directamente con el proceso educativo.

Las personas que ejercen la función docente se denominan genéricamente educadores, y son docentes y directivos docentes.

ARTÍCULO 5o. DOCENTES. Las personas que desarrollan labores académicas directa y personalmente con los alumnos de los establecimientos educativos en su proceso enseñanza aprendizaje se denominan docentes. Estos también son responsables de las actividades curriculares no lectivas complementarias de la función docente de aula, entendidas como administración del proceso educativo, preparación de su tarea académica, investigación de asuntos pedagógicos, evaluación, calificación, planeación, disciplina y formación de los alumnos, reuniones de profesores, dirección de grupo, actividades formativas, culturales y deportivas, atención a los padres de familia y acudientes, servicio de orientación estudiantil y actividades vinculadas con organismos o instituciones del sector que incidan directa o indirectamente en la educación.

ARTÍCULO 6o. DIRECTIVOS DOCENTES. Quienes desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas se denominan directivos docentes, y son responsables del funcionamiento de la organización escolar.

Los cargos de directivos docentes estatales serán: director rural de preescolar y básica primaria; rector de institución educativa en educación preescolar y básica completa y/o educación media; y coordinador.

El rector y el director rural tienen la responsabilidad de dirigir técnica, pedagógica y administrativamente la labor de un establecimiento educativo. Es una función de carácter profesional que, sobre la base de una formación y experiencia específica, se ocupa de lo atinente a la planeación, dirección, orientación, programación, administración y supervisión de la educación dentro de una institución, de sus relaciones con el entorno y los padres de familia, y que conlleva responsabilidad directa sobre el personal docente, directivo docente a su cargo, administrativo y respecto de los alumnos.

El coordinador auxilia y colabora con el rector en las labores propias de su cargo y en las funciones de disciplina de los alumnos o en funciones académicas o curriculares no lectivas.

CAPITULO II.

REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS PARA INGRESAR AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL Y CLASES DE NOMBRAMIENTO.

ARTÍCULO 7o. INGRESO AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL. Artículo INEXEQUIBLE

ARTÍCULO 8o. CONCURSO PARA INGRESO AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL. El concurso para ingreso al servicio educativo estatal es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de

aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal.

ARTÍCULO 9o. ETAPAS DEL CONCURSO PARA INGRESAR AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL.

Cuando no exista listado de elegibles respectivo, la entidad territorial certificada convocará a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, y tendrá las siguientes etapas:

- a) Convocatoria;
- b) Inscripciones y presentación de la documentación;
- c) Verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas;
- d) Selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas.

Tiene por objeto la escogencia de los aspirantes más idóneos que harán parte del correspondiente listado de elegibles;

- e) Publicación de resultados de selección por prueba de aptitud y competencias básicas;

- f) Aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes;

g) Clasificación. Tiene por objeto establecer el orden en el listado de elegibles, según el mérito de cada concursante elegible, asignando a cada uno un lugar dentro del listado para cada clase de cargo, nivel y área del conocimiento o de formación, para lo cual se tendrán en cuenta los resultados de la prueba de aptitudes y competencias básicas; la prueba psicotécnica; la entrevista y la valoración de antecedentes. Para los directivos se calificarán los títulos de postgrado relacionados con las funciones del cargo y la experiencia adicional;

- h) Publicación de resultados;

- i) Listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará cada una de las etapas del concurso, la elaboración de las pruebas de selección y señalará los puntajes correspondientes para la selección y clasificación

ARTÍCULO 10. REQUISITOS ESPECIALES PARA LOS DIRECTIVOS DOCENTES. Para participar en los concursos para cargos directivos docentes de los establecimientos educativos, los aspirantes deben acreditar los siguientes requisitos:

- a) Para director de educación preescolar y básica primaria rural: Título de normalista superior, o de licenciado en educación o de profesional, y cuatro (4) años de experiencia profesional;

- b) Para coordinador: Título de licenciado en educación o título profesional, y cinco (5) años de experiencia profesional;

- c) Para rector de institución educativa con educación preescolar y básica completa y/o educación media: Título de licenciado en educación o título profesional, y seis (6) años de experiencia profesional.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional establecerá los perfiles para cada uno de los cargos directivos y el tipo de experiencia profesional que será tenida en cuenta para estos concursos.

ARTÍCULO 11. PROVISIÓN DE CARGOS. Cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo con quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles del concurso. Sólo en caso de no aceptación voluntaria de quien ocupe el primer lugar, se podrá nombrar a los siguientes en estricto orden de puntaje y quien rehúse el nombramiento será excluido del correspondiente listado.

PARÁGRAFO. Los listados de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años, contados a partir de su publicación.

ARTÍCULO 12. NOMBRAMIENTO EN PERÍODO DE PRUEBA. La persona seleccionada por concurso abierto para un cargo docente o directivo docente será nombrada en período de prueba hasta culminar el correspondiente año escolar en el cual fue nombrado, siempre y cuando haya desempeñado el cargo por lo menos durante cuatro (4) meses.

Al terminar el año académico respectivo, la persona nombrada en período de prueba será sujeto de una evaluación de desempeño laboral y de competencias. Aprobado el período de prueba por obtener calificación satisfactoria en las evaluaciones, el docente o directivo docente adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

PARÁGRAFO 1o. Los profesionales con título diferente al de licenciado en educación, deben acreditar, al término del período de prueba, que cursan o han terminado un postgrado en educación, o que han realizado un programa de pedagogía bajo la responsabilidad de una institución de educación superior, de acuerdo con la reglamentación que al respecto expida el Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO 2o. Quienes no superen el período de prueba serán separados del servicio, pudiéndose presentar de nuevo a concurso cuando haya otra convocatoria.

ARTÍCULO 13. NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguiente casos:

a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, el nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;

b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

PARÁGRAFO. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Para ser vinculados en propiedad, y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

ARTÍCULO 14. ENCARGOS. Hay encargo cuando se designa temporalmente a una persona ya vinculada en propiedad al servicio, para asumir otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Los cargos directivos docentes vacantes de manera temporal, podrán ser provistos por encargo con personal inscrito en carrera, mientras dure la situación administrativa del titular. Y en caso de vacante definitiva, podrá suplirse por encargo mientras se surte el proceso de selección y se provee de manera definitiva.

ARTÍCULO 15. PROHIBICIÓN. No se podrá proveer por nombramiento provisional o por encargo un cargo directivo o docente vacante de manera definitiva, cuando exista listado de elegibles vigente para el correspondiente nivel o área de conocimiento: Quien lo hiciere responderá disciplinaria y patrimonialmente por ello.

Una vez agotado el listado de elegibles se deberá convocar a nuevo concurso dentro de los cuatro (4) meses siguientes.

CAPITULO III. CARRERA Y ESCALAFÓN DOCENTE.

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

considera el mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia, la promoción en el servicio y el ascenso en el Escalafón.

ARTÍCULO 17. ADMINISTRACIÓN Y VIGILANCIA DE LA CARRERA DOCENTE. La carrera docente se orientará a atraer y a retener los servidores más idóneos, a promover el desarrollo profesional y el mejoramiento continuo de los educadores y a procurar una justa remuneración, requiriendo al mismo tiempo una conducta intachable y un nivel satisfactorio de desempeño y competencias. Será administrada y vigilada por las entidades territoriales certificadas, las cuales, a su vez, conocerán en primera instancia de las reclamaciones que se presenten en relación con la aplicación de la carrera. La segunda instancia corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

ARTÍCULO 18. INGRESO A LA CARRERA. Gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores estatales que sean seleccionados mediante concurso, superen satisfactoriamente el período de prueba, y sean inscritos en el Escalafón Docente.

ARTÍCULO 19. ESCALAFÓN DOCENTE. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.

La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.

ARTÍCULO 20. ESTRUCTURA DEL ESCALAFÓN DOCENTE. El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A - B - C - D).

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

ARTÍCULO 21. REQUISITOS PARA INSCRIPCIÓN Y ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE. Establécense los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:

Grado Uno:

- a) Ser normalista superior;
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.

Grado Dos:

- a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación;
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.

Grado Tres: a) Ser Licenciado en Educación o profesional;

- b) Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes;
- c) Haber sido nombrado mediante concurso;
- d) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.

PARÁGRAFO. *Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.*

Una vez inscrito, se considera ascenso pasar de un grado a otro dentro del Escalafón Docente, previa acreditación de requisitos y superación de las correspondientes evaluaciones de desempeño y de competencias, y existencia de disponibilidad presupuestal.

ARTÍCULO 22. ESCALAFÓN DE DIRECTIVOS DOCENTES. *Los Directivos Docentes, una vez superado el concurso respectivo y la evaluación del período de prueba, serán inscritos en el Escalafón Docente en el grado que les corresponda de acuerdo con el título que acrediten, o conservarán el grado que tenían, en caso de que provengan de la docencia estatal y estén ya inscritos en el Escalafón Docente.*

La promoción a cada uno de los cargos Directivos Docentes estará representada por una mejor remuneración, de acuerdo con lo dispuesto por el Gobierno Nacional en el decreto de salarios.

ARTÍCULO 23. INSCRIPCIÓN Y ASCENSO EN EL ESCALAFÓN DOCENTE. *En cada entidad territorial certificada existirá una repartición organizacional encargada de llevar el registro de inscripción y ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes estatales, con las correspondientes evaluaciones y los documentos de soporte para cada grado y nivel salarial, comunicando a la dependencia que se encargue de las novedades de nómina cada vez que se presente una modificación de los mismos.*

Los ascensos en el Escalafón y la reubicación en un nivel salarial superior procederán cuando la entidad territorial certificada convoque a evaluación de competencias y se obtenga el puntaje establecido en el artículo 36 de este decreto. Dicha convocatoria establecerá el monto de la disponibilidad presupuestal para efectos de ascenso y reubicación salarial. No podrán realizarse ascensos y reubicación que superen dicha disponibilidad.

ARTÍCULO 24. EXCLUSIÓN DEL ESCALAFÓN. *La exclusión del Escalafón Docente procederá por una de las siguientes causales:*

a) Por las causales genéricas de retiro del servicio;

b) Por evaluación de desempeño no satisfactoria, de acuerdo con lo dispuesto en el presente decreto.

PARÁGRAFO. *La exclusión del Escalafón Docente por evaluación no satisfactoria trae como consecuencia el retiro del servicio, y se efectuará por el nominador mediante acto motivado.*

ARTÍCULO 25. REINGRESO AL SERVICIO Y AL ESCALAFÓN DOCENTE. *El docente o directivo docente que sea destituido del cargo y excluido del Escalafón Docente por orden judicial o por fallo disciplinario, sólo podrá reingresar al servicio una vez haya transcurrido el tiempo de la inhabilidad impuesto en la respectiva decisión, o en un tiempo no menor a los tres (3) años, contados desde la ejecutoria del acto de destitución, en caso de que no se haya fijado término de inhabilidad, y deberá volver a someterse a concurso de ingreso y a período de prueba antes de volver a ser inscrito en el Escalafón Docente, en el grado que le corresponda de acuerdo con el título académico que acredite; iniciando de nuevo en el Nivel Salarial A del correspondiente grado.*

El docente que sea retirado del servicio por no superar la evaluación del período de prueba, podrá presentarse a concurso en la siguiente convocatoria y, en caso de ser nombrado, ingresará de nuevo a período de prueba.

El docente que sea excluido del Escalafón Docente y retirado del servicio por obtener calificación no satisfactoria en evaluación de desempeño, podrá concursar en la siguiente convocatoria, debiendo someterse de nuevo a período de prueba, y en caso de que la supere, será inscrito nuevamente en el Escalafón Docente, en el grado que le corresponda de acuerdo con el título académico que acredite, pero iniciando en el Nivel Salarial A.

El directivo docente que no supere el período de prueba, o que obtenga calificación no satisfactoria en evaluación de desempeño, o que voluntariamente no desee continuar en tal cargo, será regresado a una vacante de docente si venía vinculado al servicio estatal y se encontraba inscrito en el Escalafón Docente, conservando el grado y el nivel que tenía. Dicho tiempo de servicio de directivo se contabilizará para realización de evaluación de competencias y superación de nivel salarial o de grado. Si no estaba vinculado a la docencia estatal antes de ocupar el cargo directivo, será excluido del Escalafón Docente y retirado del servicio.

CAPITULO IV.

EVALUACIÓN.

ARTÍCULO 26. EVALUACIÓN. *El ejercicio de la carrera docente estará ligado a la evaluación permanente. Los profesionales de la educación son personalmente responsables de su desempeño en la labor correspondiente, y en tal virtud deberán someterse a los procesos de evaluación de su labor.*

La evaluación verificará que en el desempeño de sus funciones, los servidores docentes y directivos mantienen niveles de idoneidad, calidad y eficiencia que justifican la permanencia en el cargo, los ascensos en el Escalafón y las reubicaciones en los niveles salariales dentro del mismo grado.

Los superiores inmediatos y los superiores jerárquicos prestarán el apoyo que se requiera para estos efectos y suministrarán toda la información que posean sobre el desempeño de los docentes y directivos que deban ser evaluados.

PARÁGRAFO. *El Gobierno Nacional reglamentará el sistema de evaluación de los docentes y directivos docentes, para cada grado y nivel salarial, teniendo en cuenta los criterios y parámetros establecidos en el presente decreto.*

ARTÍCULO 27. TIPOS DE EVALUACIÓN. *Existirán por lo menos los siguientes tipos de evaluación:*

- a) Evaluación de período de prueba;*
- b) Evaluación ordinaria periódica de desempeño anual;*
- c) Evaluación de competencias.*

ARTÍCULO 28. OBJETIVOS DE LA EVALUACIÓN. *La evaluación tiene como objetivos:*

- a) Estimular el compromiso del educador con su desarrollo profesional, su rendimiento y la capacitación continua, en búsqueda del mejoramiento de la calidad de la educación;*
- b) Conocer los méritos de los docentes y directivos docentes y comprobar la calidad de su actuación frente al estudiantado y a la comunidad, en lo atinente al desempeño de sus funciones;*
- c) Medir la actualización pedagógica y los conocimientos específicos, con el fin de detectar necesidades de capacitación y recomendar métodos que mejoren el rendimiento en su desempeño;*
- d) Estimular el buen desempeño en el ejercicio de la función docente mediante el reconocimiento de estímulos o incentivos;*
- e) Establecer sobre bases objetivas cuáles docentes y directivos docentes deben permanecer en el mismo grado y nivel salarial o ser ascendidos, reubicados en el nivel salarial siguiente, o separados del servicio, por no alcanzar los niveles mínimos de calidad exigidos para el desempeño de las funciones a su cargo.*

ARTÍCULO 29. PRINCIPIOS DE LA EVALUACIÓN. *Las distintas evaluaciones se sujetarán a los siguientes principios:*

- a) Objetividad: Prescendencia de criterios subjetivos en las calificaciones asignadas;*
- b) Confiabilidad: Validez de los instrumentos en función de los objetivos de la evaluación;*
- c) Universalidad: Analogía de los criterios de evaluación para funciones equivalentes, sin perjuicio de resguardar las especificidades correspondientes;*
- d) Pertinencia: Distribución razonable de las calificaciones en diferentes posiciones que permitan distinguir adecuadamente desempeños inferiores, medios y superiores;*
- e) Transparencia: Amplio conocimiento por parte de los docentes evaluados de los instrumentos, criterios y procedimientos de evaluación;*
- f) Participación: En el proceso de evaluación de desempeño participarán distintos actores incluyendo las autoridades educativas, los superiores, los colegas, el consejo directivo, los padres de familia y los estudiantes;*

g) *Concurrencia*: La evaluación del desempeño de los educadores concurrirá con el resultado de logros de los alumnos, y en el caso de los directivos concurrirá con los resultados de la institución.

ARTÍCULO 30. ALCANCE DE LA EVALUACIÓN. La evaluación de los docentes y directivos docentes comprenderá al menos la preparación profesional, el compromiso y competencias, la aplicación al trabajo, y medirá de manera objetiva la responsabilidad profesional y funcional; la formación o perfeccionamiento alcanzado; la calidad de desempeño; la capacidad para alcanzar los logros, los estándares o los resultados de sus estudiantes, y los méritos excepcionales.

ARTÍCULO 31. EVALUACIÓN DE PERÍODO DE PRUEBA. Al término de cada año académico se realizará una evaluación de período de prueba, que comprenderá desempeño y competencias específicas, y a la cual deberán someterse los docentes y directivos docentes que se hayan vinculado durante dicho año, siempre y cuando hayan estado sirviendo el cargo por un período no menor a los cuatro (4) meses durante el respectivo año; de lo contrario, deberán esperar hasta el año académico siguiente.

Los docentes y directivos docentes que obtengan una calificación igual o superior al sesenta por ciento (60%) en la evaluación de desempeño y de competencias del período de prueba, la cual se considera satisfactoria, serán inscritos en el Escalafón Docente, en el grado que les corresponda de acuerdo con los títulos académicos que acrediten, según lo dispuesto en el artículo 21 de este decreto.

Los docentes que obtengan una calificación inferior al sesenta por ciento (60%) en la evaluación de desempeño o en competencias, serán retirados del servicio.

Los directivos docentes que obtengan una calificación inferior al sesenta por ciento (60%) en desempeño o en competencias en la evaluación del período de prueba, si se encontraban inscritos en el Escalafón Docente, serán regresados a la docencia una vez exista vacante. Si no se encontraban inscritos, serán retirados del servicio.

PARÁGRAFO. Quien sin justa causa no se presente a una evaluación de período de prueba será retirado del servicio, a menos que provenga del servicio docente estatal, en cuyo caso será reubicado en la docencia y devengará el salario que corresponda a dicho cargo, de acuerdo con el grado y nivel salarial que poseía.

ARTÍCULO 32. EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO. Entiéndese por evaluación de desempeño la ponderación del grado de cumplimiento de las funciones y responsabilidades inherentes al cargo que desempeña el docente o directivo y al logro de los resultados.

Será realizada al terminar cada año escolar a los docentes o directivos que hayan servido en el establecimiento por un término superior a tres (3) meses durante el respectivo año académico. El responsable es el rector o director de la institución y el superior jerárquico para el caso de los rectores o directores.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional reglamentará la evaluación de desempeño, los aspectos de la misma, y la valoración porcentual de cada uno de los instrumentos y de los evaluadores, de acuerdo con los artículos siguientes.

ARTÍCULO 33. INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO. Para evaluar el desempeño de los docentes y directivos docentes se podrán emplear entre otros, los siguientes instrumentos de evaluación: pautas para observación de clases y de prácticas escolares; instrumentos para evaluaciones de superiores y colegas; encuestas para evaluación de los padres y estudiantes; criterios para el análisis de información sobre logros de los estudiantes; evaluación del consejo directivo; autoevaluación del docente y del directivo docente; evaluación de los directivos por parte de los docentes.

ARTÍCULO 34. ASPECTOS A EVALUAR EN EL DESEMPEÑO. Los instrumentos de evaluación de desempeño estarán diseñados de forma tal que permitan una valoración de los siguientes aspectos de los docentes evaluados: Dominio de estrategias y habilidades pedagógicas y de evaluación; manejo de la didáctica propia del área o nivel educativo de desempeño; habilidades en resolución de problemas; nivel de conocimiento y habilidades relacionadas con el plan de estudios de la institución; actitudes generales hacia los alumnos; manejo de las relaciones del grupo; trato y manejo de la disciplina de los alumnos; sentido de compromiso institucional; preocupación permanente por el mejoramiento de la calidad de la educación; logro de resultados.

PARÁGRAFO. Para los directivos se expedirá una reglamentación especial sobre las áreas de desempeño a evaluar, las cuales den cuenta por lo menos de: su liderazgo; eficiencia; organización del trabajo; resultados de la institución educativa, medida de acuerdo con los índices de retención y

promoción de los alumnos y con los resultados de la evaluación externa de competencias básicas de los estudiantes, que se realizará cada tres (3) años.

ARTÍCULO 35. EVALUACIÓN DE COMPETENCIAS. *La competencia es una característica subyacente en una persona causalmente relacionada con su desempeño y actuación exitosa en un puesto de trabajo.*

La evaluación de competencias será realizada cada vez que la correspondiente entidad territorial lo considere conveniente, pero sin que en ningún caso transcurra un término superior a seis (6) años entre una y otra. Se hará con carácter voluntario para los docentes y directivos docentes inscritos en el Escalafón Docente que pretendan ascender de grado en el Escalafón o cambiar de nivel en un mismo grado. Se hará por grados en el escalafón y por cargos directivos docentes. Debe permitir la valoración de por lo menos los siguientes aspectos: competencias de logro y acción; competencias de ayuda y servicio; competencias de influencia; competencias de liderazgo y dirección; competencias cognitivas; y competencias de eficacia personal.

PARÁGRAFO. *El Ministerio de Educación Nacional será responsable del diseño de las pruebas de evaluación de competencias y definirá los procedimientos para su aplicación, lo cual podrá hacerse a través de cualquier entidad pública o privada que considere idónea.*

ARTÍCULO 36. RESULTADOS Y CONSECUENCIAS DE LAS EVALUACIONES DE DESEMPEÑO Y DE COMPETENCIAS. *Las evaluaciones de desempeño y de competencias tendrán las siguientes consecuencias según sus resultados:*

1. Evaluación ordinaria periódica de desempeño anual:

El docente que obtenga una calificación inferior al sesenta por ciento (60%), la cual se considera no satisfactoria, durante dos (2) años consecutivos en evaluación de desempeño, será excluido del escalafón y, por lo tanto, retirado del servicio.

Los directivos docentes que obtengan una calificación inferior al sesenta por ciento (60%) durante dos (2) años consecutivos, serán regresados a la docencia una vez exista vacante, si provenían de la docencia estatal; en cuyo caso percibirán el salario que corresponda a dicho cargo, de acuerdo con el grado y el nivel salarial que poseían. Si no provenían de la docencia estatal, serán excluidos del Escalafón Docente y retirados del servicio.

2. Evaluación de competencias:

Serán candidatos a ser reubicados en un nivel salarial superior, o a ascender en el escalafón docente, si reúnen los requisitos para ello, quienes obtengan más de 80% en la evaluación de competencias. Para las reubicaciones y ascensos se procederá en estricto orden de puntaje hasta el monto de las disponibilidades presupuestales anuales.

PARÁGRAFO. *Las evaluaciones de desempeño son susceptibles de los recursos de reposición y apelación, las cuales deben ser resueltas dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación, por el inmediato superior y por el superior jerárquico respectivamente"*

(...).

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El accionante, miembro del Resguardo Indígena Nasa "KWET WALA", actuando en su calidad de miembro de los pueblos indígenas de Colombia y señalando que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, éstos son sujetos de derechos fundamentales, solicita a la Corte Constitucional que declare la inexecutable parcial del Decreto 1278 de 2002, por considerar que éste es contrario a los artículos 7, 8, 10, 13, 44, 68 y 70 de la Constitución Política.

Señala que de acuerdo al artículo 68 Superior, los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. De esta forma, en su criterio, tal precepto constitucional fue materializado mediante la expedición de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995, los cuales fueron proferidos, previa consulta y concertación con los pueblos indígenas.

Así las cosas, las normas referidas atendieron a las particulares necesidades de los grupos indígenas, de tal suerte que se permitió que las comunidades seleccionaran de entre sus mismos miembros las personas que deberían ejercer la docencia en cada pueblo indígena, disposición que propendía por el respeto de la cultura indígena, de manera que los

docentes indígenas se excluían de los requisitos del título de licenciado o de normalista y del concurso para acceder al cargo.

No obstante, esta regulación especial en materia educativa que propendía por la protección de los pueblos indígenas fue cambiada tras la adopción del Decreto Ley 1278 de 2002, el cual desconoce la realidad de los pueblos indígenas y vulnera diferentes preceptos constitucionales, como se expone a continuación:

Cargo Primero. Violación del artículo 7. El actor sostiene que la norma acusada desconoce el artículo 7 Superior, en virtud del cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. La vulneración se concreta en el hecho de que la adopción del Decreto Ley 1278 de 2002 abre la puerta para que docentes que no pertenecen a los diferentes resguardos indígenas y que no conocen sus rasgos culturales, asuman la calidad de maestros en estos pueblos, situación que no garantiza la diversidad étnica y cultural de la nación.

Cargo Segundo. Violación del artículo 8. Señala igualmente que la norma demandada desconoce el artículo 8 de la Carta Política, el cual impone al Estado y a las personas la obligación de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, mandato que se desconoce mediante la aplicación de la norma acusada, porque la imposición del sometimiento de los docentes indígenas al concurso público y abierto desprotege las riquezas culturales de la Nación.

Cargo Tercero. Violación del artículo 10. De otra parte, el demandante precisa que la norma acusada vulnera el artículo 10 Constitucional que prescribe que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. La violación se presenta, en la medida en que con alto grado de probabilidad, los docentes que ganen los concursos públicos y abiertos, no dominarán la lengua oficial de los pueblos indígenas, por lo que su posesión en los cargos de maestros en estas entidades territoriales amenaza la conservación de la lengua del grupo respectivo, la cual goza de protección constitucional.

Cargo Cuarto. Violación del artículo 13. La norma acusada desconoce la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas a favor de grupos discriminados y marginados. En efecto, el accionante considera que el Decreto 804 de 1995 que exoneraba a los docentes indígenas del sometimiento al concurso público, era una medida de las indicadas en el artículo 13 superior, que no obstante fue desmontada tras la adopción de la norma acusada, eliminando así la protección especial de que son sujetos los miembros de los grupos indígenas.

Cargo Quinto. Violación del artículo 44. En igual medida, los derechos fundamentales de los niños indígenas, en especial los de educación y cultura, son desconocidos por la adopción del Decreto Ley acusado, por cuanto no se garantiza que la educación que reciban se haga con respeto a sus rasgos culturales.

Cargo Sexto. Violación del artículo 68. El demandante señala que el Decreto Ley 1278 de 2002 es contrario al inciso quinto del artículo 68 constitucional que prescribe que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. La vulneración se concreta en el hecho de que el artículo 9° de la norma acusada establece la obligatoriedad de convocar a concurso público y abierto para proveer los cargos de docentes en las respectivas entidades territoriales.

De tal manera, el hecho de que el concurso sea público y abierto permite que personas que no pertenezcan al pueblo indígena se presenten al concurso desconociendo la necesidad de que los docentes de estas comunidades sean miembros de las mismas y conocedores de sus lenguas, dialectos, culturas, cosmogonías, cosmovisiones, usos, costumbres y creencias propias. Esta situación contraría el precepto constitucional bajo análisis por cuanto no se garantiza la formación educativa con respeto de la identidad cultural propia del resguardo indígena.

Cargo Séptimo. Violación del artículo 70. La norma acusada igualmente vulnera el artículo 70 Superior, por cuanto éste dispone que el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, no obstante lo cual, el Decreto Ley 1278 de 2002 establece un concurso público y abierto para los docentes, con base en parámetros de la cultura occidental dominante, de manera que pone en desventaja a quienes practican otras culturas al interior de la nación.

Adicionalmente, el demandante sostiene que el Decreto Ley 1278 de 2002 viola el artículo 93 de la Constitución Política que consagra el bloque de constitucionalidad, habida cuenta que dentro de éste se encuentra el Convenio Internacional No. 169 de la OIT, adoptado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, en el cual se establece el deber de los gobiernos de consultar con los pueblos indígenas, cada vez que se tomen medidas legislativamente que puedan afectarlos. Así, dado que dicha consulta no tuvo lugar, la norma acusada deviene inconstitucional por desconocer los mandatos de los tratados internacionales que hacen parte del orden jurídico interno por expresa disposición constitucional.

Con base en los fundamentos expuestos, el ciudadano considera que se ha incurrido en una omisión legislativa relativa y solicita a la Corte que declare la inexecutable parcial e inaplicabilidad del Decreto Ley 1278 de 2002, con respecto a todos los pueblos y docentes indígenas o que atiendan población indígena en el territorio colombiano.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Educación Nacional

El 20 de septiembre de 2006, el Ministerio de Educación Nacional intervino en el proceso de constitucionalidad para solicitar a la Corte Constitucional, de forma principal, que declare la exequibilidad de la norma acusada y, de forma subsidiaria, que se declare inhibida para decidir sobre las pretensiones por ineptitud sustantiva de la demanda.

Para sustentar la petición principal, el interviniente efectúa un análisis de las disposiciones aplicables en materia de concursos. Señala que el Ministerio de Educación Nacional no desconoce la especial protección de que son sujetos los indígenas; la situación entonces, simplemente consiste en que no se ha expedido el decreto reglamentario para los concursos de este grupo poblacional, pero el tema se está adelantando con base en los principios constitucionales y de conformidad con lo establecido en la Ley 115 de 1994.

En efecto, las autoridades, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los docentes para que laboren en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades. Así, los maestros se elegirán atendiendo a 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. De esta forma, en lo que guarda relación con el nombramiento de docentes en las comunidades indígenas, se deben efectuar concursos que atiendan a los criterios fijados en concertación entre las autoridades competentes y las comunidades indígenas.

El Ministerio destaca que la vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el estatuto docente y con observancia de las normas especiales vigentes aplicables a dichos grupos, tales como la Ley 115 de 1994 y el Decreto 804 de 1995.

De otra parte, el Ministerio señala que, en todo caso, los miembros de grupos étnicos deben concursar para su vinculación como docentes, para lo cual se diseñará, con la debida concertación, un proceso con los requisitos que deben ser tenidos en cuenta. Señala que el ingreso a la carrera docente de etnoeducadores para la atención de población indígena debe realizarse mediante concurso abierto especial, cuya base es el procedimiento general del artículo 9 del Decreto Ley 12778 de 2002. Sin embargo, podrán establecerse nuevas etapas para incluir elementos contenidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994 o bien, adicionar las etapas existentes con dichos elementos. En suma, los etnoeducadores que atiendan población indígena deben cumplir con los requisitos de los artículos 105 y 116 de la Ley 115 de 1994 y los artículos 3, 10 y 21 del Decreto Ley 1278 de 2002, para lo cual podrán homologarse los títulos de normalista superior en etnoeducación y de licenciado en etnoeducación.

Precisa que de acuerdo a la Sentencia T-524 de 2006, el ingreso a la carrera docente de etnoeducadores docentes y directivos docentes para la atención de población indígena debe realizarse mediante concurso abierto especial.

Finalmente señala que la autonomía reconocida a las autoridades indígenas tiene límites, en el sentido de que deben tenerse en cuenta los valores que están estipulados en la Constitución, con lo cual se propende por la garantía de la consolidación de unos mínimos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico nacional.

De otra parte, como petición subsidiaria, el Ministerio de Educación Nacional solicitó a la Corte que se declare inhibida para decidir sobre las pretensiones por ineptitud sustantiva de la demanda, habida cuenta que el demandante no explica de manera clara y precisa la forma en que los artículos acusados vulneran la Carta Política. Así, al no presentar ningún cargo directo de inconstitucionalidad, no es posible que la Corte estudie los planteamientos de la misma.

2. Defensoría del Pueblo

Mediante memorial presentado el 20 de septiembre de 2006, la Defensoría del Pueblo intervino en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte Constitucional que declare la inexecutable de la norma acusada por considerar que existe una omisión legislativa relativa.

Señala el interviniente que las comunidades indígenas tienen particularidades étnicas y culturales, las cuales fueron reconocidas por el constituyente, de tal suerte que les fueron reconocidos derechos diferenciales en función del grupo, que tienen por objeto conservar su integridad cultural y eliminar las desigualdades que los afectan.

Estos derechos diferenciales permiten que en materia de educación, se brinde un tratamiento especial a los grupos étnicos, particularmente a los pueblos indígenas. Así, si bien los principios constitucionales en torno a la educación se aplican a todos los miembros de la sociedad, es posible sostener que los miembros de los grupos étnicos indígenas son sujetos de una protección reforzada, como consecuencia del respeto y desarrollo de su identidad cultural.

Dentro de los principios constitucionales que definen a la educación como un derecho y un servicio público, se destaca la regulación especial que el artículo 68 Superior establece para los integrantes de los grupos étnicos, en el sentido que ellos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural.

En desarrollo de los principios constitucionales, la Ley de Educación General reguló el concepto de etnoeducación, como aquella dirigida a los grupos étnicos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos.

Ahora bien, en torno a la vinculación de docentes para grupos étnicos, el Estado, a través de la ley general de educación y del Decreto 804 de 1995, se comprometió a promover la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos, a elegir a los docentes en concertación con los grupos étnicos, preferiblemente entre sus miembros y, para efectos de su selección, a tener en cuenta sus usos y costumbres, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación y pertenencia, para lo cual podrá prescindirse del requisito del título de licenciado o de normalista y del concurso a los docentes indígenas.

En relación concreta con el problema formulado en la demanda, esto es, con los procesos de vinculación, administración y formación de docentes en los pueblos indígenas, el interviniente señala que si bien éstos gozan de ciertas particularidades, es necesario considerar que esos procesos deben necesariamente articularse con los del sistema educativo general, de tal suerte que se permita al Estado cumplir con sus funciones de inspección y vigilancia sobre el sistema educativo.

En este sentido, señala el interviniente que es deber del Estado garantizar la eficiencia de la administración pública a través de sistemas técnicos de administración de personal, que ofrezcan además igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público. Así, la Constitución Política definió la forma de vinculación de los servidores públicos del Estado a través del sistema de carrera administrativa, mediante la modalidad del concurso público, como regla general.

De esta forma, si bien es cierto que entre la educación tradicional y la etnoeducación existen linderos constitucionales que deben ser respetados, no lo es menos que la educación en general debe sujetarse al marco constitucional, particularmente en lo que hace referencia a los procesos de vinculación, administración y formación de los educadores de los grupos étnicos. No obstante, las particularidades étnicas y culturales de los grupos étnicos indígenas y la necesidad de recurrir al mecanismo de la consulta y concertación para la toma de decisiones que afectan a estos grupos, marcan el lindero entre el sistema educativo tradicional y el especial para los grupos étnicos.

La Defensoría del Pueblo expone que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se hizo un reconocimiento expreso a las minorías étnicas y se reconocieron derechos especiales a las mismas. En efecto, en desarrollo de los principios constitucionales se expidió la Ley 115 de 1994 que realizó consideraciones especiales en torno a la etnoeducación. Posteriormente se expidió el Decreto 804 de 1995 que prescribió la posibilidad de excepcionar del requisito del título de licenciado o de normalista o del concurso a los docentes indígenas.

Ahora bien, el Decreto Ley 1278 de 2002, que contempló un nuevo Estatuto Docente, no estableció normas especiales para los grupos étnicos. El Decreto 3238 de 2004 señaló que los concursos para la provisión de cargos de etnoeducadores se regirán por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

A la luz de las consideraciones generales expuestas por la Defensoría del Pueblo, del recuento normativo señalado y de la jurisprudencia constitucional en relación con las omisiones legislativas relativas, el interviniente concluye que la pretensión del Gobierno de regular la vinculación al servicio estatal de los docentes indígenas mediante un decreto, es contraria a los mandatos constitucionales que exigen que la carrera administrativa debe ser regulada mediante ley. De igual forma, se pone de manifiesto la omisión en que incurrió el legislador extraordinario al no incluir a los grupos étnicos en el Estatuto de Profesionalización Docente, situación que constituye una flagrante violación de los derechos fundamentales a la igualdad de trato y de oportunidades de los grupos étnicos indígenas.

3. Universidad de Nariño

La Universidad de Nariño, mediante escrito presentado el 17 de octubre de 2006, intervino en el proceso de constitucionalidad para solicitar a la Corte, de manera principal, que se declare inhibida para emitir pronunciamiento de fondo y, de manera subsidiaria, que declare la exequibilidad de la norma acusada.

La solicitud de fallo inhibitorio se fundamenta en el hecho de que la demanda no reúne los requisitos establecidos en los numerales 1º y 3º del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, por cuanto no se señalan las normas acusadas como inconstitucionales y no se exponen las razones jurídicas por las cuales el artículo cuestionado viola la Constitución.

De esta forma, sostiene el interviniente que la alusión ambigua y vaga del demandante en el sentido de formular la demanda pretendiendo la inexecutable parcial del Decreto 1278 de 2002, sin identificar a qué normas concretas se circunscribe la acusación, hace que no se cumplan los requisitos esbozados jurisprudencialmente para la procedencia del juicio de constitucionalidad.

Señala el interviniente que en la acción de constitucionalidad ejercida por el demandante se pretende que la Corte Constitucional en su decisiones pronuncie sobre la interpretación, sobre la actividad omisiva del legislador extraordinario

y sobre la aplicabilidad de “*mejor valer*” de las normas jurídicas actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico, solicitud que no puede ser desatada favorablemente dado que así lo ha dispuesto la Corporación en múltiples fallos.

De otra parte, el interviniente advierte que la Corte Constitucional ya se refirió al párrafo único del artículo 9 del Decreto 1278 de 2002, oportunidad en la que realizó consideraciones en torno al concurso para el ingreso al servicio educativo estatal, de las cuales puede colegirse que tal concurso se aviene a la Constitución Política.

4. Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional

Mediante memorial allegado a esta Corporación el 19 de septiembre de 2006, el Centro de Derechos Humanos y Litigio Internacional (CEDHUL) intervino en el proceso de constitucionalidad para solicitar a la Corte que declare la inexecutable parcial e inaplicabilidad del Decreto 1278 de 2002, a las comunidades indígenas.

Sostiene el interviniente que la Ley 115 de 1994 consagra la noción de *etnoeducación* que tiene por finalidad el afianzamiento de los procesos de identidad, conocimiento, socialización y protección de las culturas propias de los grupos étnicos. De igual forma, esta ley dispone que las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, deben seleccionar los educadores que laboren en la comunidad, preferiblemente entre los miembros de las mismas comunidades.

El Decreto 1278 de 2002, norma objeto del análisis de constitucionalidad, establece el Estatuto de Profesionalización Docente y señala los requerimientos esenciales para el ejercicio de la docencia, dentro de los que se destaca la necesidad de tener un título de licenciado o profesional o título de normalista y de superar el concurso de méritos que se cite para tal fin.

El interviniente considera que el mencionado decreto es inconstitucional en relación con los pueblos indígenas, por cuanto no tiene en cuenta la especial protección de la diversidad étnica y cultural que deviene de la Constitución Política. En efecto, el concurso general que exige la norma acusada deja sin reglamentación específica a la etnoeducación, ya reconocida como un derecho fundamental de las comunidades multiculturales.

Por otro lado, el interviniente precisa que la adopción del Decreto 1278 de 2002 no responde a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigidos, habida cuenta que esta norma deteriora las condiciones establecidas por el Decreto 804 de 1995 a favor de las comunidades indígenas en materia de educación e identidad cultural.

Igualmente señala que Colombia ha adquirido un compromiso internacional que lo obliga a efectuar un procedimiento de consulta a los pueblos indígenas previo a la adopción de medidas que afecten de forma directa a las etnias que habitan en el territorio nacional.

Concluye el interviniente que el Ministerio de Educación Nacional no consideró la especial protección que en el Estado colombiano se otorga a las comunidades indígenas y que, por el contrario, generalizó los procesos de selección de docentes sin reparar en las especiales condiciones de los grupos étnicos, circunstancia que vulnera el bloque de constitucionalidad, por lo que la norma debe ser declarada inexecutable o debe condicionarse su aplicación.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, mediante concepto No. 4192, aborda el problema de la determinación de si el Decreto 1278 de 2002 al regular el concurso público y abierto para el ingreso al servicio educativo estatal, sin exceptuar de tal forma de selección a los etnoeducadores, desconoce los derechos de las minorías étnicas que la Carta Política reconoce y protege.

Para abordar tal problema, en primera medida, el agente del Ministerio Público destaca los principios constitucionales que protegen la diversidad cultural, de los cuales se desprende el derecho fundamental de los grupos étnicos y de sus integrantes a su identidad cultural.

Por su parte, en materia de educación, el Procurador señala que de conformidad con los principios constitucionales, los integrantes de los grupos étnicos tienen derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. Con base en los mandatos superiores, el legislador profirió la Ley 115 de 1994 la cual regula lo relativo a la educación para grupos étnicos, precisando, en materia de selección de educadores, que tal función corresponde a las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos.

De otro lado, refiere la vista fiscal que el Decreto 1278 de 2002 consagra el Estatuto de Profesionalización Docente y define en su capítulo II los requisitos y procedimientos para ingresar al servicio educativo estatal. Advierte de igual forma, que de conformidad con el Decreto 3238 de 2004, los concursos para la provisión de cargos necesarios para la prestación del servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atiendan población indígena se regirán por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Con fundamento en las precedentes consideraciones generales, la Vista Fiscal entra a analizar los cargos formulados en la demanda, precisando que éstos se basan en el hecho de que el Decreto 1278 de 2002 no exime del concurso público y abierto para el ingreso al servicio educativo estatal a los docentes indígenas.

El Procurador General señala que si bien el Decreto no exime a los etnoeducadores del sometimiento a un concurso público de méritos, tal concurso se regirá por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional, el cual debe tener en cuenta los principios y reglas especiales que gobiernan la etnoeducación, de manera que el carecer público de tales concursos es limitado, habida cuenta que en él sólo pueden participar los educadores que cumplan los requisitos que a la luz de los principios constitucionales garanticen a los miembros de los grupos indígenas una formación que conserve y proteja su identidad cultural.

Así las cosas, un concurso público y abierto que respete los principios en materia de protección de la diversidad étnica y cultural, no vulnera ningún precepto constitucional, sino que por el contrario se ajusta a lo dispuesto, entre otros artículos, en el 125 Superior que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera.

En atención a estas consideraciones, el Procurador solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la norma acusada.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5° de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto-Ley 1278 de 2002.

2. Problema jurídico

En el presente caso, cuestiona el actor la constitucionalidad del Decreto 1278 de 2002, *“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”*, bajo la premisa de que el mismo no reguló de manera especial lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos, sometiendo a dichos grupos a las normas previstas para el régimen general de carrera.

Algunos de los intervinientes, entre los que se cuenta la Defensoría del Pueblo, comparten la acusación del actor por considerar que en virtud del derecho constitucional a la identidad étnica y cultural, las comunidades nativas son beneficiarias de un régimen especial de carrera definido directamente por el legislador. Por su parte, otros de los intervinientes y el Ministerio Público, a pesar de considerar que los grupos étnicos son titulares del derecho a la identidad étnica y sujetos de una regulación especial en materia de acceso al servicio público de educación, aducen que el ordenamiento acusado no es inconstitucional, ya que si bien el mismo no contiene esa normatividad especial, la misma es susceptible de expedirse por vía reglamentaria como lo anunció el Gobierno Nacional.

De acuerdo con los cargos de la demanda y lo expresado por los distintos intervinientes, en esta oportunidad le corresponde a la Corte determinar:

- (i) Si en virtud del derecho a la identidad étnica y cultural, las comunidades indígenas son titulares del derecho a la identidad educativa, que incluye la adopción de medidas especiales en materia de acceso al servicio de educación estatal.
- (ii) Si la regulación del sistema de carrera es competencia exclusiva del legislador, y
- (iii) Si el legislador incurrió en un omisión legislativa relativa, al expedir el Estatuto de Profesionalización Docente y no adoptar en él medidas especiales para regular la situación de los docentes y directivos docentes de los grupos étnicos, quedando éstos sometidos al régimen general de carrera.

Para resolver los problemas jurídicos anunciados, la Corte abordará los siguientes temas: (i) la omisión legislativa relativa en el juicio de inconstitucionalidad; (ii) el reconocimiento y protección que la Constitución y el derecho internacional otorgan a la identidad cultural; (iii) el derecho de los grupos étnicos a la identidad educativa y a la consulta previa; (iv) el régimen legal de educación para las comunidades nativas; y (v) la resolución del caso concreto.

3. La omisión legislativa relativa en el juicio de inconstitucionalidad

La jurisprudencia constitucional ha destacado que la omisión legislativa puede ser absoluta o relativa, y que sobre esta última, la omisión relativa, es posible adelantar el juicio de inconstitucionalidad, “pues en esos casos se cumple a cabalidad el fundamento básico del control constitucional - la confrontación objetiva entre la ley y la Constitución -, ya que el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa imperfecto en su concepción, y que a partir de la

ausencia parcial de regulación, al cotejarlo con la Carta, aquél puede resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales...”¹.

Ha precisado igualmente la Corporación, que “[e]l supuesto básico de una omisión legislativa de carácter relativo consiste en que el legislador regula una materia, pero lo hace de manera parcial porque no cubre a todos los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia”².

Sobre esto último, ha señalado que existe una omisión legislativa cuando el legislador ha expedido una ley, pero en ella ha regulado algunas relaciones “dejando por fuera otros supuestos análogos” y que “... aún cuando en una buena parte de los casos la omisión se torna patente en relación con el derecho a la igualdad, no siempre ello es así, pues la omisión relativa también podría configurarse respecto ‘del derecho de defensa, como elemento esencial del debido proceso, por cuanto la ley existe pero no cubre todos los supuestos que debería abarcar’ y su actuación sería ‘imperfecta o incompleta’⁴”⁵.

Con posterioridad, esta Corporación puntualizó que “...las omisiones legislativas de carácter relativo de las cuales puede conocer la Corte, por vía del ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad, no están limitadas a aquellos casos relacionados con los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues cuando la Corte mencionó estos derechos lo hizo con la intención de ‘ilustrar dos situaciones en las cuales ellas se presentan con relativa frecuencia’, más no con el propósito de ‘restringir el ámbito de aplicación de la figura de las omisiones legislativas relativas’⁶”⁷ Así se ha estimado que también se presenta una omisión legislativa relativa cuando “el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella”⁸.

Al desligar la omisión legislativa de la afectación del derecho a la igualdad se abre paso la posibilidad de que tal omisión se detecte en la ausencia de regulación de un supuesto que forzosamente debía estar incluido en el ámbito de las disposiciones acusadas, y no únicamente en los eventos de exclusión de ciertos sujetos de un determinado contenido regulatorio que necesariamente debiera serles aplicado. Esto es, puede haber omisión relativa aún cuando no quepa predicar una exigencia constitucional de identidad de regímenes jurídicos. Basta con acreditar que, en relación con la materia objeto de regulación, era imperativo a la luz de la Constitución regular también el supuesto que se considera omitido. En una hipótesis tal, también sería posible señalar que el producto de la actividad legislativa resulta incompleto, por no incorporar una previsión cuya inclusión resultaba imperativa a la luz de la Constitución, y que por consiguiente existe una inconstitucionalidad que proviene de dicha omisión.

Establecida las formas de existencia de omisión legislativa relativa y la vulneración de la Constitución que con ella se produce, es preciso determinar cómo se repara esa inconstitucionalidad.

Ha dicho la Corte que, en general, en la omisión legislativa, el silencio del legislador tiene efectos de exclusión a los cuales es posible hacer frente por la vía del control de constitucionalidad. Sobre el particular ha dicho la Corte que “[t]ratándose de las omisiones legislativas lo que merece reproche constitucional es el efecto contrario a la Constitución que ellas lleguen a generar en el ordenamiento y, por eso, conforme a lo más arriba apuntado, únicamente cuando el silencio del legislador se traduce en una norma implícita que, por ejemplo, prohíbe algo permitido u ordenado por la Carta cabe hablar de la inconstitucionalidad de la omisión.” Y que, “[s]iempre que esa inconstitucionalidad se compruebe, la Corte está llamada a hacer valer el superior imperio de la Constitución, siendo éste el propósito de su función de control sobre las omisiones ...”⁹.

Para precisar cuales son las opciones aplicables al propósito de reparar una omisión legislativa contraria a la Constitución, la Corte sostiene que es preciso tener en cuenta que, como quiera que en tales hipótesis la inconstitucionalidad no radica en los contenidos normativos que cuentan con base textual expresa, sino en un significado implícito que surte efectos violatorios de la Carta, la depuración del ordenamiento no se logra mediante el decreto de la inexecutable de las disposiciones de las cuales se predica la omisión y que lo conducente es neutralizar el comentado efecto de la omisión legislativa que riñe con la Constitución y en su lugar incorporar un significado que sea acorde con los dictados superiores.

¹ Sentencia C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

² Sobre el tema, se puede consultar la Sentencia C-185 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³ Sentencia C-891 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁵ Sentencia C-891 de 2006

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Sentencia C-891 de 2006

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹ Sentencia C-891 de 2006

En aquellos supuestos en los que la inconstitucionalidad de la omisión legislativa proviene de una violación del principio de igualdad, de ordinario la solución se encuentra en una sentencia de exequibilidad condicionada que permita extender la cobertura de aquellos contenidos normativos de los que se predica la omisión, a los sujetos excluidos.

Cuando esa solución no es posible, porque la omisión no se desprende de la exclusión de algunos sujetos en circunstancias en las cuales cabía predicar el imperativo constitucional de una identidad de régimen jurídico, se ha planteado la alternativa de una sentencia integradora que permita mantener la disposición enjuiciada en el ordenamiento y superar la inconstitucionalidad derivada de la omisión "... desplazando la lectura afectada de invalidez mediante la proyección, sobre el precepto inferior, de los contenidos de la Carta que, en esas circunstancias, brinda una solución constitucionalmente adecuada, precisa e indudable"¹⁰.¹¹ Ha considerado la Corporación, sin embargo, que esta solución no cabe cuando no existe un contenido constitucional preciso que pueda proyectarse sobre la norma de la que se predica la omisión para producir una integración que la haga adecuada a la Carta.¹² En esos eventos, como quiera que el contenido de la regulación omitida no puede establecerse con certeza a partir de la Constitución, y existe un ámbito de configuración legislativa dentro del cual el legislador puede optar por distintas alternativas constitucionalmente admisibles a ese efecto, no está en el ámbito de la competencia del juez constitucional fijar directamente el contenido normativo que subsane la omisión.¹³

La Corte ha afirmado también que cuando no es posible enfrentar la omisión mediante una sentencia aditiva, y tampoco cabe la sentencia integradora porque existen varias posibilidades, a criterio del legislador, para subsanar la omisión, lo adecuado consistiría en "... otorgarle un plazo al Congreso de la República, toda vez que es la institución indicada para escoger, entre distintas alternativas, aquella que surja del debate democrático cumplido en su seno."¹⁴

La condición de efectividad de ese plazo conferido al legislador estaría, sin embargo, en una sentencia de inexecutable diferida, conforme a la cual, si el legislador no subsana la omisión en el término previsto por el juez constitucional la misma se hace efectiva. Por tal razón esta solución no resulta adecuada cuando la posibilidad de declarar la inexecutable del contenido normativo omisivo está descartada por el efecto gravemente perturbador del ordenamiento constitucional que ello ocasionaría debido a la afectación de bienes jurídicos de la misma o de mayor entidad que la de aquellos que se intenta proteger.

En esas situaciones límite, si bien no se descarta la opción de fijarle un plazo al Congreso, o, para respetar el ámbito de configuración conferido por la Carta y dentro del cual se inscribe también el juicio de oportunidad para el ejercicio de su potestad, o para hacerle un exhorto dirigido a que expida la legislación que subsane la omisión, ha considerado la Corte que "... se debe escrutar si el legislador ha producido alguna regulación que, analizadas las circunstancias, permita encontrar una solución constitucionalmente adecuada..."¹⁵

A partir de los lineamientos generales sobre la omisión legislativa relativa y la manera de hacer frente a sus efectos inconstitucionales, pasa la Corte a referirse a la materia en relación con la cual se ha planteado en este caso la posible existencia de una omisión legislativa.

4. Marco constitucional del derecho a la identidad cultural de los grupos étnicos

Conforme lo ha reconocido esta Corporación, con la expedición de la Constitución Política de 1991 se produjo un cambio sustancial en la política indigenista gubernamental, esto es, en el modelo de relación del Estado con los pueblos y comunidades nativas, pasándose de un sistema basado en la asimilación e integración de tales comunidades a la cultura mayoritaria de la sociedad nacional, a un sistema pluralista y participativo, que acepta y respeta la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de la cultura occidental, y que propugna por el reconocimiento de los valores étnicos y por el derecho de las minorías tradicionales a sobrevivir y desarrollarse con sujeción a tales valores.

La pluralidad de etnias asentadas en el territorio nacional y la necesidad de salvaguardar el valor intrínseco de las culturas nativas, como parte de la tradición e identidad nacional, fueron las razones que impulsaron dicho cambio y, por tanto, lo que justificó que se incorporaran en la nueva Carta Política mandatos claros dirigidos no sólo a garantizar la defensa de las comunidades tradicionales, sino también a promover el respeto y prevalencia de sus valores culturales, ancestrales, lingüísticos, artísticos, religiosos, sociales y políticos.

El propósito del Constituyente del 91, al redefinir la política indigenista y darle estatus constitucional especial, fue entonces el de reivindicar lo étnico, teniendo en cuenta los abusos, los prejuicios y el trato discriminatorio de que fueron

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-109 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Sentencia C-891 de 2006

¹² Cfr. Sentencias C-043 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y

¹³ Cfr. Sentencias C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y .

¹⁴ Sentencia C-891 de 2006

¹⁵ Ibid.

víctimas los pueblos autóctonos o aborígenes a lo largo de su historia, así como también el hecho de verse avocados a enfrentar un permanente riesgo de desaparición física y cultural.

Dentro de este contexto, en la nueva estructura constitucional, el multiculturalismo viene a ser objeto de especial reconocimiento y protección, fundado en las premisas de (i) que en Colombia existen diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) que todas son merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) que todas son constitutivas de la identidad general del país y (iv) que todas son titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo.

El tratamiento o *estatus* especial que el ordenamiento otorga a las comunidades tradicionales, como grupos sociales claramente diferenciables, tiene su manifestación primigenia en el artículo 1° de la Carta Política que define a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista y, de forma concreta, en los artículos 7° y 70 del mismo ordenamiento Superior, en los cuales se consagra como uno de los principios fundantes del Estado el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7°), y se le atribuye a la cultura en sus diferentes manifestaciones la condición de pilar de la nacionalidad.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia más inclusiva y participativa como lo propugna la propia Constitución, dirigida a asegurar la coexistencia y a permitir la reivindicación de los grupos minoritarios que son cultural y socialmente diferentes, correspondiéndole al Estado la importante función de adelantar las gestiones que sean necesarias para garantizar la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.

Sobre el reconocimiento y protección que la propia Carta le otorga a la diversidad étnica y cultural, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que se trata de un derecho constitucional fundamental radicado en cabeza, tanto de los grupos humanos que ostentan una cultura específica y diferenciable, que es precisamente el caso de las comunidades indígenas, como de los individuos que hacen parte de esos grupos¹⁶. En este sentido la misma jurisprudencia ha precisado que el derecho a la identidad se proyecta en dos dimensiones: una colectiva, que busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura, y otra individual, en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades nativas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio según su propia cosmovisión.

Respecto de la doble dimensión que ostenta el derecho a la identidad cultural, la Corte ha aclarado que la protección otorgada a la comunidad como sujeto de derechos no se opone a la protección individual de sus miembros, toda vez que garantizar las manifestaciones individuales puede resultar imprescindible para la concretización y materialización del derecho colectivo del grupo étnico del cual se hace parte.

El alcance de derecho fundamental reconocido a la diversidad étnica y cultural, y su dimensión colectiva e individual, fue explicado recientemente por la Corte en la Sentencia T-778 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en los siguientes términos:

“El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios.

Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.”

Cabe destacar que, en su dimensión colectiva, el derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural se proyecta y se protege a través de otros derechos reconocidos por la propia Constitución en favor de los grupos étnicos, como son: (a)

¹⁶ Sobre el punto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-380 de 1993, C-394 de 1995, SU-039 de 1997, SU-510 de 1998 y T-778 de 2005.

la protección de la riqueza cultural de la nación (C.P. art 8°); (b) el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (C. P. arts. 9° y 330); (c) el derecho a la oficialidad de lenguas y dialectos de las comunidades nativas y a que la enseñanza que se les imparta sea bilingüe (C.P. art 10°); (d) el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas en las decisiones que las afectan, a través de procedimientos adecuados y con la participación de sus instituciones representativas (C.P. arts. 40-2, 329 y 330); (e) el respeto a la identidad cultural en materia educativa (C.P. art 68); (f) el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las formas de cultura (C.P. art 70); (g) la protección del patrimonio arqueológico de la Nación (C.P. art 72); (h) el derecho a una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (C.P. arts. 171 y 176); (i) el derecho a administrar justicia en su propio territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (C.P. art 246); (j) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y su naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 329); y (k) el derecho a gobernarse por consejos indígenas según sus usos y costumbres (C.P. art. 330).

Es importante anotar que el tratamiento especial que la Constitución Política de 1991 dispensa a la diversidad étnica y cultural, encuentra pleno respaldo en el derecho internacional y, de manera específica, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991. Dicho instrumento, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional hace parte del bloque de constitucionalidad, desde su preámbulo deja en claro cuál es su objetivo, señalando que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la participación, a la educación, a la cultura y al desarrollo, en el contexto global de la protección a su identidad y en el propósito de que las comunidades indígenas que subsisten en el planeta puedan gozar de los derechos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados miembros, y en consideración a la especial contribución de éstos pueblos a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

En esa orientación, el Convenio impone a los gobiernos el deber de asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos indígenas y tribales interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de dichos pueblos y garantizar el respeto de su integridad (art. 2°). En palabras del mismo Convenio, dicha acción debe incluir medidas que cumplan los siguientes tres presupuestos básicos: (i) que aseguren a los miembros de las comunidades tradicionales gozar en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional reconoce a los demás miembros de la población; (ii) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; y (iii) que ayuden a los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

En consecuencia, en atención a los mandatos constitucionales y a las disposiciones del citado Convenio, que propugnan por el pluralismo y por la protección de la identidad étnica y cultural, el Estado Colombiano tiene la altísima responsabilidad de adoptar un papel activo en el propósito de lograr que las comunidades indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional puedan asumir el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolas de los instrumentos que permitan el fortalecimiento de su identidad, educación, lengua y religión, para así asegurar la supervivencia de las comunidades tradicionales, las personas que la integran, su cultura, sus bienes y los territorios que ocupan.

En relación con esto último, no sobra aclarar que, tal y como ocurre con la generalidad de los derechos, el derecho a la diversidad étnica y cultural no tiene en todo caso un alcance absoluto. La jurisprudencia constitucional ha dejado claro que el mismo encuentra límites, sin que ello signifique que cualquier mandato constitucional o legal prevalezca sobre él, pues, precisamente, se trata de un principio fundante del Estado que a su vez encuentra soporte en otros principios de igual categoría como la dignidad humana, el pluralismo y la protección de las minorías. Bajo ese entendido, ha precisado la Corte que “para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira la Constitución tornándolo inocuo.”¹⁷ Así, los límites que la jurisprudencia le ha reconocido al derecho a la diversidad étnica y cultural están relacionados con aquello que “verdaderamente resulte intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”¹⁸, razón por la cual tales límites están constituidos en su aspecto más básico por (i) el respeto al derecho a la vida, (ii) la prohibición a la tortura y la esclavitud, (iii) la responsabilidad individual por los actos propios y (iv) la legalidad del procedimiento y de las penas; derechos que, además de pertenecer al grupo de derechos intangibles reconocidos por todos los tratados de derechos humanos, en lo que tiene que ver con su respeto y observancia existe un verdadero consenso intercultural¹⁹. Adicional a lo anterior, tratándose del derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas, la Corte ha expresado que, frente a manifestaciones concretas y específicas, es posible establecer límites por razones de orden público y de seguridad nacional²⁰.

¹⁷ Sentencia C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz). La posición adoptada por la Corte en dicho fallo ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-349 de 2006, SU-510 de 1998 y T-778 de 2005.

¹⁸ Sentencia T-349 de 1996, reiterado a su vez en las Sentencias SU-510 de 1998 y T-778 de 2005.

¹⁹ Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias T-349 de 2006, SU-510 de 1998 y T-778 de 2005.

²⁰ Sobre el tema se pueden consultar las Sentencias T-405 de 1993 y T-778 de 2005.

Siguiendo con lo expuesto, por resultar de interés a esta causa, a continuación la Corte hará expresa referencia a dos de los derechos que hacen parte estructural del derecho a la identidad cultural de los grupos étnicos: el derecho a la consulta previa y el derecho a la identidad educativa, no sin antes advertir que las comunidades indígenas hacen parte de los grupos étnicos que ostentan una cultura específica y diferenciable y, por tanto, son titulares directos del derecho fundamental a la identidad cultural y de los demás derechos que le son consustanciales.

5. El derecho de los grupos étnicos a la consulta previa

Según lo ha sostenido esta Corte²¹, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana, consagrado expresamente en los artículos 7 y 70 superiores, la Constitución Política reconoce y otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

La aceptación y protección que la Carta otorga a la consulta previa es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado. En este sentido, ha dicho esta Corporación que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

En razón a su importancia política, a su compromiso con la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación, la doctrina constitucional le reconoce a la consulta previa el carácter de derecho fundamental en sí mismo. En este sentido se pronunció la Corte en la Sentencia SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), al sostener:

“A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que **la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental**, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.”

Esta posición doctrinal fue reiterada, entre muchas otras, en las Sentencias T-652 de 1998 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y C-620 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), en la última de las cuales se dijo:

“Como puede verse, no sólo la integridad cultural ha sido reconocida como un derecho fundamental del sujeto colectivo que conforma la comunidad indígena, sino que la misma consulta, como mecanismo de participación, ha sido estimada como un derecho fundamental en sí mismo considerado, por su vinculación con la defensa de aquella integridad cultural.”

Ahora bien, en plena armonía con la Constitución Política, el Convenio 169 de la O.I.T. confiere también especial importancia al derecho de participación de las comunidades indígenas y tribales en las decisiones que los afectan. En esa orientación, en el artículo 6º le impone a los gobiernos partes: “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”. En la misma norma aclara que: “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.”

Sobre el ámbito de aplicación del mecanismo de la consulta previa, este Tribunal ha dejado en claro que el “Estado deberá en todo momento y para todos los efectos, consultar de manera previa con las autoridades políticas de las

²¹ Al respecto, se pueden consultar las Sentencias C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-620 de 2003 y T-737 de 2005, entre otras.

comunidades étnicas e indígenas del país, respeto de todas aquellas decisiones que involucren sus interés, ya sea en sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales, para lo cual deberá desarrollar mecanismos de consulta que garanticen la participación directa y activa de todos los miembros de dichas colectividades”²².

Interpretando los mandatos contenidos en el artículo 7° de la Carta y 6° del Convenio 169 de la O.I.T., también la Corte ha expresado que el proceso consultivo que las autoridades gubernamentales tienen que llevar a cabo ante los grupos étnicos para adoptar una decisión que afecte sus intereses, “deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”²³. Ha dicho al respecto que “el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”²⁴.

A manera de conclusión, la jurisprudencia constitucional ha coincidido en señalar que el proceso de participación de los grupos étnicos en la toma de las decisiones estatales, cuando éstas proyectan sus efectos sobre intereses de tales grupos, están llamadas a desarrollarse “dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”²⁵.

6. El derecho de las comunidades indígenas a la identidad educativa como beneficiarios de una educación especial

Los indígenas, en su condición de ciudadanos y nacionales, son titulares de todos los derechos fundamentales, tal y como ocurre con los demás colombianos. Además, por tratarse de comunidades social y culturalmente diferentes dentro del entorno del país, son también titulares de los llamados derechos colectivos indígenas a los que ya se hizo expresa mención, los cuales se materializan en una serie de prerrogativas reconocidas en el derecho interno y en el derecho internacional, consideradas como imprescindibles para asegurar la supervivencia de las étnias en su condición de entidades jurídicas y sociales con autonomía e identidad propia.

Según se mencionó, 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.

La Constitución, en su artículo 67, define la educación como un derecho de la persona y un servicio público que cumple una función social, a través de la cual se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura. El mismo artículo establece que la educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; que el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación; que ésta será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad; que será gratuita en los establecimientos estatales; y que será financiada por el Estado a quien corresponde garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la misma 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.

Como complemento de lo anterior, los artículos 10°, 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.

Sobre el derecho a la educación, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en innumerables oportunidades, precisando que tal derecho participa de la naturaleza de fundamental en cuanto resulta propio de la esencia del hombre, ya que realiza su dignidad y el valor y principio material de la igualdad, pues “en la medida en que la persona tenga

²² Sentencia T- 737 de 2005.

²³ Sentencia Ibídem.

²⁴ Sentencia Ibídem.

²⁵ Sentencia T-737 de 2005, la cual a su vez reitera las Sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997 y SU- 383 de 2003.

igualdad de oportunidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para su realización como persona.”
26

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.

En los artículos 26, 27, 28 y 29, el citado instrumento, 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.

Tal y como puede observarse, 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, al consagrar expresamente en su artículo 27 que “*Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben 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 las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales*”.

En esa medida, no cabe duda que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.

7. El régimen legal de educación para los grupos étnicos

Durante la vigencia de la Constitución centenaria de 1886, de acuerdo con la política indigenista gubernamental de asimilación, las propuestas educativas que se implementaron para las comunidades tradicionales estaban orientadas a acelerar su proceso de integración a los patrones de vida de la mayoría de sociedad nacional y, por esa vía, las mismas siguieron siempre los principios y objetivos básicos de la educación general. Con la expedición de la Constitución de 1991, al definirse el Estado colombiano como democrático y pluralista, se abandonó por completo la idea integracionista y se le impuso al Estado la obligación de adoptar para los grupos étnicos un sistema educativo diferente al de la mayoría, acorde con sus particulares características.

De acuerdo con los artículos 67, 68, 150-23 y 365 de la Constitución Política vigente, es deber del Estado asegurar a todos los habitantes del territorio nacional, entre ellos a los grupos étnicos, la prestación eficiente del servicio público de educación, así como también mantener su regulación, vigilancia y control. Igualmente, tales normas disponen que en su condición de servicio público, la educación esta sometida al régimen jurídico que fije la ley, lo cual significa que todo lo atinente a la regulación del servicio educativo es competencia exclusiva y excluyente del legislador, a quien corresponde desarrollarlo de conformidad con los parámetros fijados por la propia Constitución Política. Tal interpretación también encuentra respaldo en el artículo 125 de la Carta, el cual consagra expresamente que el régimen de carrera administrativa debe ser regulado mediante ley.

Pues bien, en ejercicio de esa competencia, y teniendo en cuenta la obligación impuesta al Estado de brindarle a las comunidades nativas un modelo de educación que responda a sus diferentes manifestaciones culturales y formas de vida, el legislador profirió la Ley 115 de 1994, “*por la cual se expide la Ley General de Educación*”, en la que se incluyó, en su Capítulo III artículos 55 a 63, el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos.

²⁶ Sentencia T-290/96 M.P. Jorge Arango Mejía.

Inicialmente, la ley define la etnoeducación como la educación “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”, la cual además “debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones” (artículo 55).

Asimismo, el señalado ordenamiento se refiere a los principios y fines que orientan la etnoeducación, destacando como especialmente relevantes los de integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad, cuya finalidad es la de afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, así como también los sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura (art. 56).

Dicho estatuto consagra el bilingüismo para la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística propia, tomando como fundamento la lengua materna del respectivo grupo (art. 57); le asigna al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación y en concertación con los grupos étnicos, la función de prestar asesoría especializada en el desarrollo curricular, elaboración de textos y materiales educativos, y, especialmente, en la ejecución de programas de investigación y capacitación etnolingüística (art. 59); prohíbe la injerencia de los organismos internacionales en la educación de los grupos étnicos, sin la previa aprobación del Gobierno y el consentimiento otorgado por las comunidades interesadas (art. 60); y ordena que de ser necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo de las comunidades tradicionales, los mismos deben ajustarse a los principios y fines de la etnoeducación y su ejecución deberá ser concertada con las autoridades indígenas de las respectivas entidades territoriales (art. 63).

En relación con el tema de la selección, vinculación, administración y formación de educadores para los grupos étnicos, la ley le impone al Estado compromisos concretos, como son 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); 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).

Respecto a la obligación gubernamental de efectuar la vinculación, administración y formación de docentes estatales para los grupos étnicos de conformidad con el estatuto docente y normas especiales, debe aclararse que, para la fecha de expedición de la Ley 115 de 1994, se encontraba vigente el Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesionalización docente”, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8ª de 1979, el cual constituía el Estatuto de Profesionalización docente vigente para la época, y en cuyo contenido no se contemplaba la situación administrativa de la educación de las comunidades nativas; es decir, no se incluían normas especiales que regularan los procesos de vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos²⁷.

Bajo ese entendido, el Gobierno dictó el Decreto 804 de 1995, reglamentario de la Ley General de Educación, el cual se ocupó de regular el tema de la atención educativa para tales grupos. Para lo que interesa a esta causa, el mencionado decreto puso en cabeza de los comités docentes la organización de proyectos específicos de actualización, especialización e investigación para etnoeducadores (art. 9º); se encargó de definir las autoridades tradicionales encargadas de concertar con el Gobierno la escogencia de los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos (art. 10º); señaló los requisitos para la selección de los docentes de cada grupo étnico; e igualmente, autorizó 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.

Con este criterio, los docentes y directivos docentes de las comunidades indígenas, al servicio del Estado, venían siendo designados en propiedad directamente por las autoridades representativas de tales comunidades, de entre sus propios miembros, sin necesidad de exigirles título de licenciado en educación o normalista y sin someterlos al concurso público de méritos.

²⁷ El Decreto 2277 de 1979 fue modificado por el Decreto 85 de 1980, que en relación con la etnoeducación se limitó a señalar que: *Para las comunidades indígenas podrá nombrarse personal bilingüe que no reúna los requisitos académicos antes previstos*”; refiriéndose a los requisitos previsto en el mismo decreto para la docencia en zonas rurales de difícil acceso como son: acreditar título de bachiller en cualquier modalidad, siempre que no exista personal titulado o en formación que esté en capacidad de prestar el servicio de educación.

Posteriormente, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001²⁸, expidió el Decreto 1278 de 2002, “por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente”. El objetivo de dicho estatuto es precisamente regular las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes (art. 1º).

En cuanto al ámbito de aplicación, el estatuto dispone que se cobija a quienes se vinculen, a partir de su vigencia, a los cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes se le asimilen de conformidad con ese mismo ordenamiento.

Sobre su contenido, éste define y regula lo referente a la profesionalización de la educación, la función docente, los docentes, los directivos docentes y, concretamente, todo lo relacionado con el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal, requisitos y procedimientos que se deben seguir (arts. 1º a 10º). En relación con esto último, dispone que el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal “es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos en la carrera docente, se determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal” (art. 8º).

Teniendo en cuenta que el concurso de méritos constituye la forma de ingreso al servicio educativo estatal, el precitado estatuto ordena que en caso de no existir la respectiva lista de elegibles, la entidad territorial certificada debe proceder a convocar a concurso público y abierto para cargos docentes y directivos docentes, el cual tendrá que realizarse de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional (art. 9º).

En relación con el contenido, aplicación y alcance del Estatuto de Profesionalización Docente, resulta de singular importancia destacar que sus contenidos normativos 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.

Ahora bien, en cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 9º del Decreto 1278 de 2002, el Gobierno Nacional expidió 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”.

²⁸ Ley 715 de 2001, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”. El artículo 111 de dicha ley, en lo pertinente, es del siguiente tenor:

“111.2. Se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la vigencia de la presente ley para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que ingresen a partir de la promulgación de la presente ley, que sea acorde con la nueva distribución de recursos y competencias y con los recursos.

El nuevo régimen de carrera docente y administrativa se denominará Estatuto de Profesionalización Docente y tomará en cuenta entre otros los siguientes criterios:

1. Mejor salario de ingreso a la carrera docente.
2. Requisitos de ingreso.
3. Escala salarial única nacional y grados de escalafón.
4. Incentivos a mejoramiento profesional, desempeño en el aula, ubicación en zonas rurales apartadas, áreas de especialización.
5. Mecanismos de evaluación, capacitación, permanencia, ascensos y exclusión de la carrera.
6. Oportunidades de mejoramiento académico y profesional de los docentes.
7. Asimilación voluntaria de los actuales docentes y directivos docentes contemplado en el Decreto-ley 2277 de 1979.

Para la preparación del proyecto de Estatuto de Profesionalización Docente, el Ministerio de Educación Nacional conformará un grupo de trabajo integrado por dos representantes del Honorable Congreso de la República, dos representantes de la Federación Colombiana de Educadores, dos expertos designados por el señor Presidente de la República, y el Ministro de Educación Nacional, quien presidirá el grupo. Elegido un nuevo Presidente de la República, éste designará a una persona para que integre dicho grupo de trabajo.”

En tal estatuto se aclara que los concursos para 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). De igual manera se precisa que, para el caso de los docentes y directivos de establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas o en territorios colectivos afrocolombianos que atienden estas poblaciones, la ubicación de los aspirantes que aprueben el concurso y que vayan a ser nombrados en periodo de prueba se realizará previa concertación con las comunidades (art. 1º-parágrafo).

Debe resaltar la Corte que las normas de la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, que hacen parte del Capítulo III artículos 55 a 63, y que regulan el tema relativo a la educación especial para grupos étnicos (etnoeducación), no fueron derogadas ni modificadas por el Decreto 1278 de 2002 ni por su ley habilitante, la Ley 715 de 2001. Ello por dos razones fundamentales. La primera, por cuanto ninguno de estos dos ordenamientos se ocupó de regular la materia tratada en los artículos 53 a 63 de la Ley 115 de 1994, ni ese era su propósito. Y la segunda, complementaria de la anterior, porque tampoco fueron incluidas dentro de las normas derogadas por los citados textos, los artículos 53 a 63 de la Ley General de Educación. Con relación a esto último, cabe anotar que, si bien el artículo 113 de la Ley 715 de 2001 derogó expresamente algunas disposiciones de la Ley 115 de 1994, tal derogatoria no se hizo extensiva a los artículos 53 a 63 del Capítulo III. Respecto del Decreto 1278 de 2000, el artículo 69 es el que se ocupa de definir los términos de su vigencia, sin que el mismo hubiese previsto derogatoria expresa de norma alguna.

En esos términos, la expedición del Decreto-Ley 1278 de 2002 no afectó las normas sobre etnoeducación contenidas en la Ley 115 de 1994 y, por tanto, en esa materia, la General de Educación mantiene plena vigencia.

8. Existencia de omisión legislativa relativa en relación con el Decreto-Ley 1278 de 2002

Teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en los apartados anteriores, la Corte concluye lo siguiente:

- La Constitución Política y la Convención 169 de la O.I.T., suscrita por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, le otorgan un *estatus* especial a las comunidades nativas asentadas en el territorio nacional, entre las que se cuentan los grupos indígenas, al reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.
- La protección que se brinda a la diversidad étnica y cultural, incluye el derecho de las comunidades nativas a ser consultadas previamente cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente, e igualmente, del derecho a recibir del Estado una educación especial, ajustada a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional.
- En virtud de los anteriores derechos, los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos nativos deben tener un contenido especial y desarrollarse y aplicarse con su participación y cooperación, con el fin de responder a sus necesidades particulares.
- Por mandato expreso de los artículos 67, 68, 125, 150-23 y 365 de la Constitución Política, la regulación del servicio educativo estatal, y todo lo atinente al sistema de carrera administrativa en esa área, está sometida al régimen jurídico que fije la ley, lo cual significa que la competencia es exclusiva del legislador.
- En ejercicio de sus competencias constitucionales y teniendo en cuenta la obligación impuesta al Estado de brindarle a las comunidades nativas un modelo de educación especial, el legislador expidió la Ley 115 de 1994, "*por la cual se expide la Ley General de Educación*", en la que se reguló de manera especial el tema de la etnoeducación y se dispuso que la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos debía llevarse a cabo de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos.
- Ni en el Estatuto Docente vigente para la época de expedición de la Ley General de Educación, el Decreto-Ley 2277 de 1979, ni en ningún otro ordenamiento, se incluían normas especiales que regularan los procesos de vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos.
- Como consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto reglamentario 804 de 1995 que reguló el tema de la educación especial de los grupos étnicos y autorizó eximir del concurso público de méritos, y de la exigencia de presentar título de licenciado, a los docentes indígenas y a los directivos docentes indígenas al servicio del Estado interesados en prestar sus servicios en sus respectivas comunidades.
- Mediante el Decreto-Ley 1278 de 2002, demandado en esta causa, se expidió un nuevo Estatuto Docente, dirigido a regular las relaciones del Estado con todos los educadores a su servicio, en el cual se estableció el concurso público de méritos como la forma de ingreso al servicio educativo estatal.
- Según dicho estatuto el mismo se aplica a quienes se vinculen, a partir de su vigencia, a los cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado.

- Aun cuando el Estatuto de Profesionalización docente se hace extensivo a todo el sistema educativo estatal, guardó absoluto silencio sobre el servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con lo cual los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas quedaron sometidos al concurso público de méritos bajo las mismas reglas y condiciones establecidas para la educación general.
- Ante este vacío, el Gobierno Nacional expidió 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”*, en el que se aclara que los concursos para 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”*.
- Ni el Decreto 1278 de 2002 ni su ley habilitante derogaron o modificaron la regulación sobre etnoeducación contenida en el Capítulo III de la Ley 115 de 1994, razón por la cual en dicha materia la Ley General de Educación se encuentra actualmente vigente.

Pues bien, siguiendo el anterior recuento, para la Corte es claro que el legislador, al expedir el Decreto 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 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.

Conforme se indicó anteriormente, a pesar de que el Estatuto de Profesionalización Docente extiende su aplicación a todo el sistema educativo estatal, el mismo guarda absoluto silencio sobre la forma como debe prestarse dicho servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. En otras palabras, el ordenamiento acusado no contiene una regulación especial, ni siquiera en sus aspectos más básicos, sobre la forma de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas. Conforme con ello, debe entenderse que, para todos los efectos, lo referente al ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas, quedó sometido a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, 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.

De acuerdo con tal estatuto, la provisión de cargos docentes y directivos docentes para las comunidades indígenas 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).

Es cierto que mediante el Decreto Reglamentario 3238 de 2004, se anunció que los concursos para la provisión de cargos 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. No obstante, a juicio de la Corte tal hecho no desvirtúa la omisión en que incurrió el legislador, ya que, por expresa disposición de los artículos 67, 68, 125, 150-23 y 365 de la Carta, la facultad para regular lo atinente al servicio público educativo estatal y al sistema de carrera administrativa, es competencia exclusiva y excluyente del legislador.

Sobre el particular, los artículos constitucionales citados disponen: el 67, que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia y que la Nación y las entidades territoriales participarán de la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los términos que señalen la Constitución y la *“ley”*; el 68, que es la *“ley”* la que garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente; el 150-23, que el Congreso tiene la competencia para expedir *“las leyes”* que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; el 365, que los servicios públicos, entre los cuales se cuenta el de educación, *“estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley...”*.

Como complemento de lo anterior, el artículo 125 de la Carta consagra, como regla general, que los empleos en todos los órganos y entidades del Estado deben proveerse mediante el sistema de carrera, precisando a su vez que a la carrera se accede a través del concurso público de méritos y **que es competencia del legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente**, debiendo fijar el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como también las causales de retiro del servicio oficial.

De esa manera, resulta constitucionalmente inadmisibles que se deje 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 étnias.

Debe aclarar la Corte que no cuestiona el hecho de que el ingreso de los docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal, tanto para la cultura mayoritaria como para las comunidades indígenas, 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.

En efecto, conforme lo ha expresado esta Corporación, la Constitución acogió el mérito como el criterio imperante para el acceso al servicio público, buscando mantener con ello un sistema efectivo de nombramiento y provisión de cargos que permita cumplir con los fines y programas de la organización del Estado, los cuales, en el campo del servicio público educativo, se concretan en asegurar que la enseñanza se imparta por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica, y tratándose específicamente de la etnoeducación, por personas que posean conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, garantizando que las comunidades indígenas sean beneficiarias de una formación que respete y desarrolle su identidad cultural, social y política.

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*"; en este último caso, previendo una causal exceptiva abierta que le otorga al Congreso la facultad para determinar qué otros empleos, además de los previstos en la norma Superior citada, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa.

Desde ese punto de vista, 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, 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.

En consecuencia, 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.

Al respecto, no sobre reiterar que la Constitución Política y el Convenio 169 de la O.I.T., le reconocen a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a recibir una formación y enseñanza que respete y desarrolle su identidad cultural, bilingüe en las comunidades con tradiciones lingüísticas y, en complemento de lo anterior, el derecho a que los programas y los servicios de educación destinados a dichos pueblos se encuentren regulados en la ley, y se desarrollen y apliquen en cooperación con sus autoridades más representativas, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales. Bajo ese entendido, es evidente que, aun en el supuesto de que los principios generales del régimen de carrera docente le resulten aplicables a las comunidades indígenas, las referidas especificidades no fueron tenidas en cuenta por el legislador, ignorando por completo la diferencia cultural que el ordenamiento jurídico les reconoce en el campo de la educación y la enseñanza.

Establecido que el legislador extraordinario incurrió en una omisión legislativa relativa al expedir el Estatuto de Profesionalización Docente, cabe entonces determinar cual es la decisión que debe adoptar la Corte para reivindicar el derecho de las étnias a la identidad cultural.

Tal y como se manifestó en el apartado 4 de las consideraciones de esta Sentencia, hay lugar a declarar la existencia de una omisión legislativa relativa inconstitucional, entre otras hipótesis, cuando en un determinado ordenamiento se detecte la ausencia de regulación de un supuesto que forzosamente debía estar incluido en el mismo, por ser imperativo

a la luz de la Constitución política, que es precisamente lo que ocurre en la situación que ahora es analizada por la Corte.

Para estas situaciones, la jurisprudencia ha planteado la alternativa de una sentencia integradora que permita mantener la disposición enjuiciada en el ordenamiento y superar la inconstitucionalidad derivada de la omisión, desplazando la lectura afectada de invalidez, mediante la proyección sobre el mismo precepto inferior, de los contenidos de la Carta que, en esas circunstancias, brinda una solución constitucionalmente adecuada, precisa e indudable.

En el presente caso, se ha explicado que no resulta contrario a la Constitución que el Decreto-Ley 1278 de 2002 regule la forma de acceso al servicio educativo estatal y acoja el sistema de carrera por concurso de méritos como el mecanismo idóneo. No obstante, también se ha dejado claro que su incompatibilidad con la Carta deviene, en realidad, del hecho de haber omitido incluir una normatividad especial en la materia aplicable a las comunidades indígenas, acorde con sus usos y costumbres. Siendo ello así, 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.

Según quedó anotado en acápites precedentes, 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).

Con fundamento en dicha ley, se expidió el Decreto 804 de 1995, el cual se ocupó de reglamentar algunos aspectos relacionados con el tema de la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. En esa dirección, el anunciado decreto puso en cabeza de los comités docentes la organización de proyectos específicos de actualización, especialización e investigación para etnoeducadores (art. 9°); se encargó de definir las autoridades tradicionales encargadas de concertar con el Gobierno la escogencia de los educadores que laboren en los territorios de los grupos étnicos (art. 10°); y señaló los requisitos para la selección de los docentes de cada grupo étnico (art. 11).

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.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Presidente