



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

San Andrés de Tumaco, quince (15) de noviembre de dos mil dieciséis (2.016)

RADICADO	5283531007001 2016 00165
ACCIONANTE	AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS
ACCIONADO	SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO
PARTES VINCULADAS	COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – GOBERNACIÓN DE NARIÑO - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - CONSEJO COMUNITARIO DEL RÍO PATÍA GRANDE SUS BRAZOS Y LA ENSENADA DE TUMACO –ACAPA- PERSONAS INDETERMINADAS CON INTERES EN LAS RESULTAS DEL PROCESO – DOCENTES INSTITUCIÓN EDUCATIVA AGROPECUARIA LA PLAYA DE FRANCISCO PIZARRO (N)

Sentencia No. 038

1.- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a proferir sentencia dentro de la acción de tutela interpuesta por la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS en contra de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, por considerar vulnerado sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, una vez subsanada la irregularidad por la que la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, mediante providencia del 24 de octubre, decretó la nulidad de todo lo actuado desde auto del 31 de agosto de 2.016.

2.- ANTECEDENTES

2.1. HECHOS:

Afirmó la accionante que es licenciada en Educación Rural, madre cabeza de familia y que su esposo de nombre ISRAEL HURTADO CASTILLO, de 54 años de edad se encuentra enfermo y debe estar en constantes tratamientos médicos debido a su patología.

Agregó que la Comisión Nacional del Servicio Civil realizó convocatorias para empleos públicos de carrera números 221 a 249 de 2012 y 253 del 2.013, dirigidos a docentes y directivos docentes, población afrodescendiente Negra, Raizal y Palenquera. Una vez inscrita y admitida para realizar la prueba de conocimiento, logró superarla, por lo que continuó con la etapa de entrevista, misma que, tras algunos años de inconvenientes, logró superar.

Mencionó que, finalmente, el 23 de julio de 2.015, mediante Resolución No. 3425, la Comisión Nacional del Servicio Civil, conformó la lista de elegibles para proveer trescientos treinta y seis (336) vacantes de etnoeducadores docentes de básica primaria de las instituciones oficiales que atienden población afrocolombiana negra, raizal y Palenquera, en las entidades certificadas en educación del departamento de Nariño, dentro de la convocatoria No. 238 de 2.012, listado en el cual la accionante se ubicó en la casilla catorce.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

Informa, además, que el tres de diciembre de 2.015 la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, citó a los aspirantes pertenecientes al listado de elegibles a audiencia pública para la selección de establecimientos educativos y establecer criterios para el nombramiento de docentes en periodo de prueba. En la mencionada audiencia, cada docente escogió plaza, siendo elegida por su parte, la Institución Educativa Agropecuaria La Playa con sede en el municipio de Francisco Pizarro (Nariño). Posterior a eso, los delegados de la Secretaría de Educación mencionaron que para tomar posesión del cargo docente debían contar y aportar el aval del consejo comunitario de la vereda en dónde prestaría el servicio docente, a diferencia de los que escogieron áreas urbanas, quienes a la fecha, menciona la demandante, ya fueron nombrados.

Ante este hecho, los docentes que habían escogido trabajar en área rural, se devolvieron a Tumaco en busca del aval. En lo que a la accionante respecta, el doce de diciembre de 2.015, recibió un oficio suscrito por la representante legal del Consejo Comunitario del Río Patía Grande sus brazos y la Ensenada de Tumaco -ACAPA-, en el que le informan que la mesa departamental etnoeducativa determinó no entregar aval hasta segunda orden.

Continúa narrando la tutelante que, por esas razones, hasta el momento no ha logrado que se haga efectivo su nombramiento al cargo docente al cual tiene derecho desde el mes de diciembre 2.015. Por otro lado, menciona que el requisito de exigencia del aval expedido por el consejo comunitario de la zona donde se encuentra ubicado el centro de educativo escogido, no fue contemplado como requisito en las convocatorias publicadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Pese a ello, elevaron derechos de petición ante la Secretaria de Educación y la Gobernación de Nariño, quienes respondieron que el aval se constituía en un requisito indispensable para poder tomar posesión del cargo, y que dichos Entes no están actuando de manera arbitraria al negarse a realizar el nombramiento en periodo de prueba.

Finalmente, la accionante solicitó se le amparen los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y por ende se ordene su nombramiento y respectiva posesión en el cargo de docente para el cual superó todas las fases del concurso.

2.- TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO

El despacho, acatando lo ordenado por el Superior Funcional, mediante auto del 31 de octubre de 2016, rehízo el trámite avocando conocimiento de la acción de tutela interpuesta por la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS en contra de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO. Valorando los hechos motivadores de la acción constitucional se avizoró la necesidad de vincular al trámite tutelar a la Comisión Nacional Del Servicio Civil (CNSC), a la Gobernación de Nariño, al Ministerio de Educación Nacional y al Consejo Comunitario del Río Patía Grande sus Brazos y la Ensenada de Tumaco -ACAPA-, a los docentes de la Institución educativa Agropecuaria la Playa del Municipio de Francisco Pizarro (N) que se encuentran en provisionalidad y a personas indeterminadas que crean poseer interés en las resultas de la presente acción, ello de conformidad con lo previsto en el Artículo 13 del Decreto 2591 de 1991; entidades y personas a quienes se procedió a notificar en debida forma a fin de que ejerzan su derecho de defensa y contradicción.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

2.1. RECAUDO PROBATORIO:

Junto con el escrito de demanda se aportaron copias de los siguientes documentos:

- Oficio No. 2016-EE-001287 en dos (2) folios suscrito por IVAN FERNANDO ENRIQUEZ NARVAEZ en su calidad de Subdirector Recursos Humanos Sector Educación.
- Parte resolutive, mediante el cual se conforma la lista de elegibles para proveer trescientas treinta y seis vacantes de docente de primaria de las instituciones educativas oficiales, que atienden población afrocolombiana negra, raizal y Palenquera de la entidad territorial certificada en educación Departamento de Nariño, ofertadas en el marco de la convocatoria No. 238 de 2012. Aparare resaltada en la casilla catorce la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS, identificada con cédula de ciudadanía No. 59.665.280 con un puntaje sesenta y seis punto noventa y seis.
- Documentos requeridos para posesionarse como docente o directivo docente en periodo de prueba en un (1) folio.
- Solicitud para otorgamiento de AVAL ante el ACAPA.
- Respuesta solicitud aval del consejo comunitario.
- Derecho de petición elevado ante la secretaria de educación departamental con fecha 08 de septiembre de 2015.
- Oficio expedido por la señora LADDIE VERNAZA VIDAL en su condición de Representante Legal del Consejo Comunitario del Río Patía Grande sus Brazos y la Ensenada de Tumaco -ACAPA- fechado a 12 de diciembre de 2015 dirigido a la señora AURA ELENA GEURRERO CEBALLOS.
- Cédula de ciudadanía de la accionante.

2.2. PRUEBAS DECRETADAS POR EL DESPACHO

- Declaración Jurada rendida por la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS, recibida en éste en dos (2) folios.
- Cuestionamientos realizados a la Secretaria de Educación Departamental de Nariño y a la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Respuesta a los cuestionamientos planteados por el Despacho por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Respuesta a los cuestionamientos planteados por el Despacho por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

3. ARGUMENTOS DE LOS ENTES Y PERSONAS ACCIONADAS

3.1. SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO Y GOBERNACIÓN DE NARIÑO

Mediante oficio 2016EE29134 fechado y recibido el tres de noviembre de 2016, la Dra. LORENA ALEXANDRA MONTENEGRO CORAL, presentó los descargos a la acción de tutela propuesta por la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS. En el escrito solicitó se decrete la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, debido a que no existe fundamento fáctico y jurídico para acoger las pretensiones de la accionante incoadas en el escrito de tutela ya que el departamento de Nariño Secretaría de Educación Departamental de Nariño, no ha vulnerado derecho fundamental alguno, siendo competencia exclusiva del Consejo Comunitario del Río Patía Grande, sus Brazos y la Ensenada de Tumaco ACAPA, teniendo en cuenta que la accionante escogió de manera libre y voluntaria la vacante del Centro Educativo Agropecuario La playa del municipio de Francisco Pizarro.

Indicó además que el Decreto 140 de 2006, que modificó parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y reglamentó el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, también determinó criterios para su aplicación y en el artículo cuatro que modificó el artículo 17 del Decreto 3323 de 2.005, normas compiladas actualmente en el Decreto Único Reglamentario del Sector Educativo 1075 de 2.015 se dispone:

"Artículo 2.4.1.2.17. Nombramiento en periodo de prueba en territorios colectivos. Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en período prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Comunitario, el cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro cinco (5) hábiles a la publicación de la lista elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo.

El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaría de educación de la entidad territorial certificada por parte del aspirante".

Visto lo precedente, se tiene que el aval, es el requisito que necesita la entidad territorial para realizar el nombramiento en periodo de prueba, teniendo en cuenta que la accionante escogió como plaza el Centro Educativo Agropecuario La Playa del Municipio de Francisco Pizarro, ubicado en zona rural, en territorio colectivo, razón por la cual no se configura vulneración a derecho fundamental alguno, toda vez que como bien manifiesta la accionante fue el Consejo Comunitario correspondiente a dicha jurisdicción, quien con oficio de diciembre doce de 2.015 le negó el aval que requiere para ser nombrada en periodo de prueba, porque no existe norma diferente que le permita al Departamento de Nariño-Secretaria de Educación Departamental, realizar el nombramiento como lo plantea la accionante, es decir que se la nombre en periodo de prueba omitiendo el cumplimiento del requisito del aval, si este se contemplaba en los términos de la convocatoria.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

Dio a conocer que mediante escrito el cual fue publicado en la página www.sednarino.gov.co, denominado "CITACIÓN AUDIENCIA PÚBLICA DE ESCONGENCIA DE PLAZA EN INSTITUCIÓN EDUCATIVA CONCURSO DOCENTE Y DIRECTIVO DOCENTE CNSC CONVOCATORIA ETNOEDUCADORES AFROCOLOMBIANOS N° 238 DE 2012, la secretaria de Educación Departamental de Nariño, fijó el día miércoles 07 de septiembre de 2016 a las 7:30 AM, en las instalaciones de esa entidad, como día, hora y lugar, para llevar a cabo audiencia pública de selección de cargo en Institución Educativa dentro del Concurso Docente y directivo docente No. 238 de 2012 que atienden población afrodescendiente Palenquera y raizal en el Departamento de Nariño, área primaria, lo anterior en cumplimiento del fallo de acción de Tutela N° 2016-00114-01 proferido por el Juzgado Segundo Civil de Circuito de Pasto que ordenó: *"convocar a audiencia pública de escogencia de plaza a los docentes que hacen parte de la lista de elegibles de la convocatoria 238 de 2012, siempre que exista más de una vacante definitiva a proveer, en estricto orden de mérito, a fin de ser nombrados y posesionados en periodo de prueba"*. En ese sentido se procedió a realizar el estudio de las vacantes que se encuentran en provisionalidad en el área de primaria sector urbano siendo citados los puestos de la lista de elegibles N° 4, 5, 6, 9, 10, 13 y 14, para proveer 6 vacantes en la zona urbana. Que llegados el día y la hora programados para llevarse a cabo la audiencia, las personas citadas no se presentaron, razón por la cual, se procedió a dar trámite a lo establecido en el artículo 20 de la Resolución N° CNSC-20162000006875 del 04 de marzo de 2016, literal F, el cual establece: que el elegible que no se presente a la audiencia se le asignará una de las vacantes en una de las instituciones educativas oficiales que registre la necesidad del servicio, una vez los demás miembros de la lista hayan realizado su escogencia.

Así las cosas y como el nombramiento en periodo de prueba se efectuó hasta la señora ALBA FELISA GONGORA NAZARENO, identificada con cédula de ciudadanía No. 59662087, quien ocupaba la posición No. 13 del listado de elegibles, a quien se le asignó la vacante en la Institución Educativa Politécnico Santa Bárbara en el Municipio de Santa Bárbara Iscuandé (N), la siguiente en orden de elegible es la hoy accionante AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS, siempre y cuando exista más de una vacante definitiva por proveer, tal como lo ordena el fallo de tutela 2016-00115-01, proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto (N), el cual se hará en una de las vacantes ubicadas en el sector urbano que se encuentra en provisionalidad en el área de primaria, para lo cual, no se requiere aval y no en la vacante del Centro Educativo Agropecuario La Playa del municipio de Francisco Pizarro (N).

Argumenta que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para garantizar la pretensión de la accionante, toda vez que debido a la independencia de cada entidad, así como la modificación de las condiciones en que debe efectuarse la provisión de vacantes en territorios colectivos reviste jerarquía constitucional y legal, la cual, no puede modificarse por vía de tutela, de tal suerte que serán otros los medios establecidos en el ordenamiento jurídico para modificar las condiciones de acceso de decentes afrodescendiente al nombramiento en periodo de prueba.

3.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

A través de oficio allegado a éste Despacho el cuatro de noviembre de 2016, el doctor VICTOR HUGO GALLEGU obrando en calidad de representante judicial de la Comisión



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

Nacional del Servicio Civil (CNCS), solicitó se decrete la improcedencia de la acción de tutela por cuanto los presuntos derechos fundamentales vulnerados mencionados por la accionante no han sido menoscabados en ningún momento por la CNCS en desarrollo de las convocatorias de docentes y directivos docentes. Solicitando además la desvinculación en su totalidad de dicha entidad de las súplicas elevadas en el escrito de tutela. Lo anterior teniendo en cuenta de que la CNCS se encarga entre otras cosas de realizar concursos para proveer empleos, adelantar todos los actos administrativos necesario para su promulgación y desarrollo, conocer y resolver los problemas que se susciten en progreso de los mismo. Enuncia que de conformidad con la Resolución 3586 del 21 de julio de 2.011, una vez adquiere firmeza la lista de elegibles serán las entidades territoriales certificadas en educación las delegadas para programar, organizar y citar a los elegibles a la audiencia pública de escogencia de institución educativa, razón por la cual, para el caso en concreto la Gobernación de Nariño, es competente para adelantar el procedimiento que se encuentra pendiente dentro de la convocatoria que nos ocupa. Por lo que la CNCS en este punto exacto ya que la lista de elegibles ha alcanzado firmeza ya ha cumplido en su totalidad con sus obligaciones.

En torno al requisito del aval, manifestó que este es un requisito para el nombramiento en periodo de prueba en la entidad territorial para la cual, la accionante concursó y por lo tanto, el aspirante que no cuente con dicho aval no puede ser nombrada en la vacante correspondiente al territorio colectivo. Dicha exigencia para los docentes que escogen vacantes en territorios colectivos, es un requisito previamente exigido por expresa disposición legal para la posesión de los elegibles y son las entidades territoriales dentro de sus competencias de administración de personal, las llamadas exigirlo, por tanto, la CNCS en el marco de las funciones de administración y vigilancia de la carrera administrativa no está facultada para conceptuar en tal sentido, por tal motivo, la accionante no puede pretender por vía de tutela se le concedan unos derechos que como ya fue expuesto se adquieren únicamente con la participación dentro del concurso de méritos y el cumplimiento de los lineamientos dispuestos para ello.

Finalizó manifestando que, la no expedición del aval de reconocimiento cultural por parte de los consejos comunitarios, no constituye una causal para excluir a los docentes que por mérito que integran la respectiva lista de elegibles, quienes conservan la expectativa para ser nombrados en otros cargos donde no se exija tal requisito, razón por la cual, las decisiones que se tomen respecto del personal adscrito a la plantas de personal son responsabilidad directa del nominador.

3.3. CONSEJO COMUNITARIO DEL RIO PATIA GRANDE -ACAPA-.

Mediante oficio recibido el cuatro de noviembre de 2.016 la señora LADDIE VERNAZA VIDAL, en su condición de Representante Legal del Consejo Comunitario del Río Patía Grande sus Brazos y la Ensenada de Tumaco -ACAPA- dio respuesta a los requerimientos del Juzgado manifestando, que la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS, si realizó la solicitud para un aval en las oficinas del consejo comunitario ACAPA, al cual, se le dio respuesta de forma escrita y verbal. Por otro lado, afirmó que los criterios que tuvieron en cuenta para no expedir el aval radicaron en que el concurso fue concertado con la comisión pedagógica nacional de negritudes, pero no se encuentra el documento en el cual aparecen las firmas de los miembros de las juntas el gobierno de los consejos comunitarios. Continúa manifestando que si el ministerio de educación hubiese articulado un proceso de nombramiento de los



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

docentes con el consejo comunitario en éstos momentos, no tendrían estos inconvenientes porque los docentes del territorio que hubieran ganado el concurso ya tendrían el AVAL y además los que no son del territorio y hubieran ganado el concurso también se les daría, porque sería algo coordinado. Agregó además, que el ministerio no tuvo en cuenta el proceso de consulta previa para las comunidades étnicas en lo concerniente al concurso. Además que la comisión pedagógica no es un órgano de consulta, ya que para efectos de planes, programas y proyectos, la pertinencia educativa que habla la constitución política y la ley general de educación y demás decretos, los consejos comunitario son las primeras entidades de consulta y construcción, por lo que la comisión pedagógica y la entidad que convocó al concurso son quienes deben garantizarles el derecho a los docentes, que ellos como pueblo no pasaron por ningún lado ese proceso. Continúa la representante legal manifestando que, la docente no hace parte del territorio colectivo del consejo comunitario ACAPA, por lo tanto, no están en la obligación de darle el AVAL según el artículo 11 del decreto 804 de 1.995, los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbre, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación, responsabilidad, sentido de pertenencia a su pueblo, capacidad investigativa, pedagógica y articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas; por lo que se debe seleccionar preferiblemente entre los miembros de la comunidad lo anterior de conformidad con el artículo 17 del Decreto 104 de 2006.

3.4. MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Mediante Oficio radicado 2016-EE-206747 fechado el cuatro de noviembre de 2.016, la doctora MARGARITA MARIA RUIZ ORTEGON, en su condición de Asesora Jurídica, solicitó se desvincule al Ministerio de Educación Nacional como parte demandada dentro de la presente acción de tutela por cuanto no se está desconociendo derecho fundamental alguno, toda vez que el Ministerio no es competente para pronunciarse sobre la administración del personal docente debido a que este corresponde a las secretarías de educación para garantizar la prestación del servicio a su cargo.

La anterior solicitud la motivo teniendo en cuenta el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley 60 de 1993, donde se descentralizó el servicio público educativo y se certificó a los departamentos que reunían los requisitos exigidos en la Ley y les hizo entrega de la administración de las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos y del manejo de los recursos para el pago de los mismos y mantenimiento de la infraestructura de las instituciones educativas a su cargo.

Argumentó en cuanto a los concursos docentes que estos son el proceso mediante el cual se da el ingreso al servicio educativo a través de la evaluación de aptitudes, experiencias, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a ocupar cargos de carrera docente.

Frente al aval que deben expedir los consejos comunitarios determinó que este no puede constituirse en un derecho absoluto de las comunidades, que signifique el desconocimiento arbitrario de todo el proceso de selección adelantado y el desconocimiento de los derechos que otorga el concurso docente, el cual ha contado con amplia participación de las comunidades afrodescendiente. Por tanto como quedó expresado, la negación del aval debe estar justificada y obedecer a un procedimiento previamente establecido por la comunidad, en el se informe a los interesados los



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO**

criterios de selección, que deben estar orientados por lo en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015 que establece: “en caso de ser necesario se debe permitir la participación de los aspirantes, así mismo, la decisión de otorgar el aval de reconocimiento cultural debe ser una decisión motivada, fundada en los criterios objetivos previamente establecidos, de tal forma que no sea una decisión arbitraria, sino que cumpla con el fin de mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo y, sobre todo, busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población afrocolombiana.

3.5. PERSONAS INDETERMINADAS CON INTERESES EN LOS RESULTADOS DE LA PRESENTE ACCIÓN.

Pese a la difusión de la presente acción de tutela en la página web de la Rama Judicial al igual que en la página web de la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, sobre el emplazamiento a personas con intereses en los resultados del presente asunto, no se recibió petición alguna donde se detallará el vocación a ser vinculado dentro del presente tramite.

3.6. DOCENTES EN PROVISIOANLIDAD DE LA INSTITUCIÓN EDUCATIVA AGROPECUARIA LA PLAYA DEL MUNICIPIO DE FRANCISCO PIZARRO (N).

Mediante Despacho comisorio dirigido ante el Señor Juez Promiscuo Municipal de Francisco Pizarro, se solicitó la notificación de la acción de tutela interpuesta por la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS en contra de la Secretaria de Educación Departamental de Nariño. Dicho Despacho Judicial con total eficacia auxilió la comisión impartida y notificó personalmente el nueve de noviembre de 2016, del auto que avoca conocimiento y ordena rendir descargos si lo estima convenientes dentro de los dos siguientes a su comunicación, a las siguientes personas que se desempeñan como docentes en provisionalidad de la Institución Educativa La Playa: YESSENIA PATRICIA RODRIGUEZ VALENCIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.835.697 de Francisco Pizarro (N); MARIBEL DEL SOCORRO REYES CABEZAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.734.046 de Pasto (N), ANGELA QUINTERO PRECIADO, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.835.596 de Francisco Pizarro (N); NELIA GRUEZO SANDOVAL, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.124.145 de Barbacoas (N); YUDI ADRIANA ITURRI MEJIA, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.835.339 de Francisco Pizarro (N) y ZULMA NOHEMI SOLANO ROJAS, identificada con cédula de ciudadanía No. 59.675.386 de Tumaco (N).

Pese a la notificación realizada, los docentes no presentaron documento alguno a efectos de ejercer su derecho de defensa o contradicción dentro del presente tramite.

5. CONFLICTO A RESOLVER

De acuerdo con los antecedentes del caso bajo estudio, corresponde a ésta Judicatura analizar dos situaciones:

si la negativa de expedición del AVAL por parte de los Consejos Comunitarios a personas que conforman la lista de elegibles a efectos de ser nombrados en periodo de prueba como docentes etnoeducadores, faculta al Estado para abstenerse de proveer dichos cargos por el sistema de méritos o si tal requisito vulnera derechos



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

fundamentales y por tanto en una omisión legislativa relativa al no estar contemplado en el Decreto 1075 de 2.015, favorable a los intereses de los integrantes de dicha lista de elegibles que aspiran ocupar dichos cargos.

6. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

6.1. COMPETENCIA:

Por la naturaleza del ente vinculado y por el lugar donde se consideran vulnerados los derechos invocados, resulta este despacho judicial, a voces de lo normado en el decreto 1382 de 2000, competente para pronunciarse en primera instancia.

6.2. NATURALEZA DE LA ACCIÓN IMPETRADA:

La acción de tutela, consagrada por el Constituyente de mil novecientos noventa y uno, en el artículo 86 superior, constituye una garantía eficaz de los derechos fundamentales a la que puede acudir toda persona, a nombre propio o mediante representante, para que el Juez constitucional, en un procedimiento breve y sumario, establezca si se ha vulnerado o desconocido alguna prerrogativa de tal raigambre, por parte de alguna autoridad pública, y tome las disposiciones pertinentes para su respeto o restitución cuando a ello haya lugar.

El mecanismo anotado, que también puede intentarse en contra de particulares por alguna de las causales expresamente previstas por el legislador, se caracteriza por ser excepcional y subsidiario, llamado a prosperar ante la ausencia de otra alternativa judicial de defensa, o en su existencia cuando se trate de conjurar un perjuicio irremediable.

6.3. SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

Como se anotó, la acción constitucional de amparo no está llamada a desplazar las acciones ordinarias que, en cada caso concreto, pueda tener el presunto afectado para hacer valer sus derechos y pretensiones. Está claro que su papel es el de servir como mecanismo de defensa supletoria o residual de derechos fundamentales y no el sustituir las acciones ordinarias que puedan existir.

Así entonces, dos son los requisitos que se deben analizar de entrada, a efectos de determinar la procedencia o no del mecanismo constitucional: la inexistencia de otros medios judiciales de defensa, o su inidoneidad para la defensa efectiva en caso de que se la invoque como medio transitorio para evitar los daños de un perjuicio irremediable, y la demostrada vulneración de derechos de indiscutible rango fundamental. De no darse alguna de tales exigencias la tutela devendrá improcedente.

En cuanto al primer aspecto, cabe destacar que la simple existencia de otras alternativas judiciales no implica por sí misma la improcedencia de la acción de amparo; corresponde al Juez de tutela determinar en cada caso concreto la idoneidad de los otros mecanismos de defensa y medir su efectividad para solucionar el conflicto presentado, y sólo de quedar demostrado que alguno de los otros medios son de similar eficacia a la acción de tutela podrá descartarse su procedencia. En tal sentido se ha manifestado, en forma reiterada, la Corte Constitucional.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO**

"Es preciso recordar que la acción de tutela, por mandato del propio constituyente, fue prevista como un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria, mas no para reemplazar o alternarse con los procedimientos ordinarios; por ello, ante la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa, la acción de tutela es, en principio, improcedente.

"Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la determinación de esos otros procedimientos no obedece a una comprobación automática y meramente teórica, sino que es función del juez, en cada caso concreto, analizar la funcionalidad y eficacia de tales mecanismos y determinar si ellos, realmente, permiten asegurar la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales. Si luego de una valoración fáctica y probatoria concluye que no responden satisfactoriamente a las expectativas, es decir, si no son idóneos ni eficaces, la acción de tutela tiene la virtud de "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto¹".

No obstante lo anterior, existe una excepción que permite al Juez de tutela conceder el amparo constitucional aún en presencia de otros medios judiciales de defensa, esto es, cuando se trata de conjurar un perjuicio irremediable. Sin embargo, el perjuicio que se pretenda evitar no puede ser de cualquier naturaleza sino que, según lo ha establecido la Alta Corporación citada, debe reunir unas condiciones que por su gravedad, inminencia y peligro, justifique la intervención del Juez constitucional.

6.4. LOS CONCURSOS DE MÉRITOS PARA PROVEER CARGOS DE DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES. LA CONVOCATORIA COMO NORMA REGULADORA.

La Corte Constitucional ha considerado que el mecanismo de provisión de cargos públicos por medio del sistema de los concursos, es el componente idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, ya que por medio de ellos se mide el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo, apartándose de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

Así, la Corte en la sentencia SU-133 de abril 2 de 1.998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, señaló: *"La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existentes se llenen con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado."* Por tanto, el mérito es la condición esencial para el ingreso, permanencia y promoción en la función pública, bajo el régimen jurídico que corresponde fijar al legislador, quien señala, además, el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, así como las causales de retiro del servicio oficial.

Tratándose del concurso de méritos para la provisión de cargos docentes, el artículo 111.2 de la Ley 715 de 2001 concedió al Ejecutivo facultades extraordinarias para la

¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-127 de 2001.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

expedición de un nuevo régimen de carrera docente y administrativa, dirigido a ofrecer regulación a las relaciones entre la administración y los docentes, directivos docentes y administrativos que ingresaran a partir de la promulgación de dicha Ley.

En desarrollo de tal habilitación, el Presidente de la República expidió el Decreto 1278 de 2002, el cual contiene el estatuto de profesionalización docente que gobierna el ingreso, ascenso, retiro y, de manera general, los supuestos que rodean la permanencia del docente dentro del régimen especial de carrera que ha de aplicarse a la comunidad educativa. Uno de los fines esenciales que pretende ser realizado por medio de la aplicación de las disposiciones contenidas en tal estatuto consiste en garantizar *"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"*².

El estatuto prevé el sistema de ingreso, permanencia y ascenso por medio de la valoración de aptitudes, experiencia y competencias básicas de los docentes. En él se define el concurso para ingreso al servicio educativo estatal, como un proceso de evaluación de aptitudes que termina con la elaboración de un listado de elegibles dispuestos ordenadamente según el resultado obtenido por los candidatos que hayan participado. Con la conformación de las listas se busca garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes en atención a la demanda del servicio educativo³.

6.5. RÉGIMEN ESPECIAL DE INGRESO, ASCENSO Y RETIRO DE DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES PARA LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

En la sentencia C-208 de 2007 la Corte Constitucional consideró que el contenido del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de las comunidades étnicas incluye la existencia de un régimen especial para el ingreso, ascenso y retiro de docentes y directivos docentes para tales grupos, el cual además debe ser consultado previamente a su expedición con las comunidades étnicas al ser una medida que les afecta directamente. De conformidad con el artículo primero del Convenio 169 de la OIT, en lo que toca con la titularidad de éste derecho, esta reside no sólo en las comunidades indígenas sino también en los demás grupos étnicos –por ejemplo, afrocolombianos y raizales-.

La Corte consideró que el legislador, al expedir el decreto ley 1278 de 2002, por el cual se establece el estatuto de profesionalización docente, incurrió en una omisión legislativa relativa, consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos étnicos. Indicó que con dicha omisión, se desconocieron los derechos fundamentales de las comunidades étnicas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los

² REPUBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la República Decreto 1278 de 2002. Artículo 1º.

³ En sentencia C-208 de marzo 21 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se declaró la exequibilidad del Decreto Ley 1278 de 2002, "siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. De igual manera, aseguró, se desconoció el derecho de los grupos étnicos a que los programas y los servicios de educación a ellos destinados se desarrollen con su participación y cooperación, *"siendo éste el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional"*. Estimó la Corte que ello no podía suceder *"sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las distintas manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional"*.

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

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

Conforme a lo anterior, el hecho de que no sea aplicable el régimen general de carrera de méritos al acceso, retiro, vinculación, ascenso y nombramiento de docentes al servicio de educación a las comunidades indígenas o étnicas, no implica que éstos no puedan ser nombrados en propiedad, si no que en el caso de los etnoeducadores, el nombramiento en propiedad se hará con base en los criterios consagrados en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, por ello, deberá realizarse (i) una selección concertada entre las autoridades competentes y los grupos étnicos, (ii) una preferencia de los miembros de las comunidades que se encuentran radicados en ellas, (iii) acreditación de formación en etnoeducación y (iv) conocimientos básicos del respectivo grupo étnico. Una vez cumplidos estos requisitos la comunidad indígena y los docentes tienen el derecho a que se proceda al nombramiento en propiedad.

6.6. DERECHO DE PARTICIPACION DE LOS GRUPOS ETNICOS EN DECISIONES QUE LOS AFECTAN, EL DEBER DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS.

Respecto de éste tema, en sentencia T-576 del 2014, la Corte mencionó que se debe garantizar que los pueblos indígenas y tribales cuenten con la oportunidad de pronunciarse sobre aquellos proyectos o decisiones que puedan alterar sus formas de



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

vida, incidir en su propio proceso de desarrollo o impactar, de cualquier manera, en sus costumbres, tradiciones e instituciones. La convicción sobre la forma en que esa garantía de participación materializa otros derechos fundamentales de esas comunidades, como su autonomía y su subsistencia, es el punto de partida del deber de consulta que el Convenio 169 les impuso a sus Estados parte, con la intención de sustituir el criterio integracionista que rigió las relaciones entre los pueblos indígenas y tribales mientras el Convenio 107 de 1957 estuvo vigente por uno consecuente con el enfoque de derechos humanos que se impuso en el escenario internacional.

En ese sentido, los pueblos indígenas y tribales deben ser consultados *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. Eso significa que el ámbito de aplicación de las consultas debe determinarse frente a cada caso particular, considerando la manera en que la decisión de que se trate pueda constituirse en una hipótesis de afectación de los intereses de esas colectividades.

6.7. OMISION LEGISLATIVA RELATIVA

Se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente.

El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; 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. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley en ella solamente ha regulado algunas relaciones dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad.

7.- DEL CASO EN CONCRETO

Encontramos que la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS reclamó mediante acción constitucional, el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y al debido proceso, por considerar que los mismos son objeto de violación por parte de la Secretaria de Educación departamental de Nariño al no realizar su nombramiento en propiedad como docente de básica primaria en la Institución Educativa La Playa del Municipio de Francisco Pizarro (N), debido a la negativa de expedición del AVAL por parte del Consejo Comunitario Rio Patía Grande sus brazos y la Ensenada de Tumaco -ACAPA-.

En primer lugar, se debe señalar que los aspirantes en un concurso público de méritos, deben cumplir con todos los requisitos en él exigidos y deben acreditarlos en la forma y oportunidad señalados en las respectiva normatividad, en el caso en concreto el Acuerdo 282 de 2012, proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual es ley tanto para la administración como para los concursantes. Es tanto así, que la misma Constitución Política, estableció la regla general de que los empleos



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

en los órganos y entidades del Estado son de carrera, advirtiéndolo que el ingreso a los mismos y los ascensos se deben hacer previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, de allí que al otorgarle la potestad reglamentaria a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en esta materia, se tiene que en el ámbito de tal función, se debe propender por la incorporación de los servidores públicos más idóneos para asegurar la calidad de la función pública específica, en el caso en concreto, la que tienen que ver con la carrera docente.

En ese sentido, encontramos la génesis del presente asunto en la publicación de la convocatoria No. 238 de 2012, contenida en el Acuerdo No. 282 del 2 de octubre de 2012, mediante el cual, se abrió concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan sus servicios educativos a población afrocolombiana negra, raizal y Palenquera en establecimientos educativos oficiales de la entidad territorial certificada en educación Departamento de Nariño. Así las cosas, la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS, se inscribió a dicha convocatoria, tras ser aceptada, aprobó satisfactoriamente cada una de las etapas dispuestas para el mismo. De tal suerte que conformada la lista de elegibles, la accionante se ubicó en la casilla número catorce (14), de acuerdo a lo dictaminado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Una vez conformada la lista de elegibles, la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, convocó a los aspirantes a audiencia pública para escogencia de plaza, misma que se efectuó el 3 de diciembre de 2015. La señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS escogió de forma libre y voluntaria desempeñar funciones en la Institución Educativa La Playa del Municipio de Francisco Pizarro.

Realizada la escogencia de la plaza, un delegado de la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, informó a los distintos aspirantes que aquellos que escogieron desempeñar funciones dentro de una institución asentada en un territorio colectivo debían contar con el aval del respectivo Consejo Comunitario para que se pueda efectuar la posesión en el cargo. Frente a lo anterior, argumentó la accionante, que dicho requisito fue puesto en conocimiento en esa data y que el mismo no fue contemplado en la convocatoria del concurso.

Frente a este punto, el Despacho, una vez constatada la convocatoria encontró que si bien, no existe dentro del articulado dispuesto una referencia textual que imponga que la persona a efectos de ser nombrada en periodo de prueba deba contar con el aval del consejo comunitario del respectivo territorio colectivo, si corroboró que en el artículo sexto de la mentada convocatoria, se contemplaron las normas que rigen el concurso, incluyendo los Decretos 3323 de 2005, 140 de 2006, los que entre sus apartes, imponen lo siguiente:

"Artículo 2.4.1.2.17.: Nombramiento en periodo de prueba en territorio colectivo: Los integrantes de la lista de elegibles para ser nombrados en periodo de prueba en cargos vacantes en los territorios colectivos deberán contar con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario. El cual deberá ser entregado en la entidad territorial certificada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la publicación de la lista de elegibles. En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo".



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

Como se aprecia, la convocatoria No. 238 de 2.012, contenida en Acuerdo No. 282 del dos de octubre de 2.012, impone, como requisito para la posesión en periodo de prueba, contar con el aval expedido por el respectivo Consejo Comunitario. Desde esta óptica, debe señalarse que la finalidad de esta norma es garantizar el derecho a la participación de las comunidades afrodescendiente y raizales a participar de los asuntos que los afectan y a garantizar el derecho de dichos grupos a efectos de acceder a una educación especial, derivado de su identidad cultural, de conformidad con lo previsto en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT, el cual entre otros aspectos prevé la consulta previa.

Por otro lado, se advierte que la acción de tutela impetrada resulta razonable, pues la tutelante en su escrito no cuestiona la convocatoria en la que concursó, ni los acuerdos que la reglamentan, sino que cuestiona una actuación en el trámite de dicha convocatoria, que considera lesiva de sus derechos fundamentales, relativa a la omisión en el proferimiento del aval correspondiente al CONSEJO COMUNITARIO DEL RIO PATIA GRANDE, SUS BRAZOS Y LA ENSENADA DE TUMACO, negativa que no le permite ser nombrada en periodo de prueba en el cargo por el cual concursó. En éste sentido, habiendo presentado una petición para que se le emita el aval respectivo, encontró una respuesta negativa sin trasfondo alguno, razón por la que la acción de tutela se constituye en el mecanismo procedente para estudiar la situación alegada por la accionante, ya que no cuenta con ningún mecanismo que pueda ejercer para salvaguardar sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la judicatura estima relevante adentrarse en el estudio de la situación frente a la negativa de expedición del aval por parte del respectivo consejo comunitario. En ese sentido, según concepto del Ministerio de Educación Nacional, entidad que en respuesta del 4 de noviembre de la presente anualidad adujo: *"este aval no puede constituirse en un derecho absoluto de las comunidades, que signifique el desconocimiento arbitrario de todo el proceso de selección adelantado y el desconocimiento de los derechos que otorga el concurso docente, el cual ha contado con amplia participación de las comunidades afrodescendiente. Por tanto como quedó expresado, la negación del aval debe estar justificada y obedecer a un procedimiento previamente establecido por la comunidad, en el se informe a los interesados los criterios de selección, que deben estar orientados por lo en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015 que establece: "en caso de ser necesario se debe permitir la participación de los aspirantes, así mismo, la decisión de otorgar el aval de reconocimiento cultural debe ser una decisión motivada, fundada en los criterios objetivos previamente establecidos, de tal forma que no sea una decisión arbitraria, sino que cumpla con el fin de mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo y, sobre todo, busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población afrocolombiana"*.

Frente a ello, es prudente recordar que el Consejo Comunitario del Río Patía Grande sus Brazos y la Ensenada de Tumaco -ACAPA-, que para el caso es el encargado de expedir el aval a la señora AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS, mencionó, en su escrito de descargos, que las razones de la negativa de expedición del aval recaen en que las entidades encargadas del concurso no llevaron a cabo consulta previa con los diferentes consejos comunitarios y por otro lado que dicha negativa también recae en que el territorio colectivo ACAPA no reconoce a la docente como miembro de su comunidad por lo que sus usos, costumbre, grado de compenetración con su cultura y sentido de pertenencia al pueblos podrían verse afectados.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

Pero tal postura deja a la accionante en una situación de indefensión por cuanto a ella no le correspondía, en primera medida, analizar si las autoridades nacionales y territoriales realizaron consulta previa a efectos de crear la convocatoria, asumiendo una simple participación dentro del concurso de méritos dispuesto, pero que a la postre simplemente la han dejado sin los recursos judiciales ni administrativos para hacer valer sus derechos ante dicha entidad. Frente a tal realidad, las normas que regulan dicho requisito, es decir el Decreto 1075 de 2015, artículo 2.4.1.2.3 y el artículo 2.4.1.2.17 no contemplan nada acerca del procedimiento en caso de que el aval no fuera expedido o fuera negado por el respectivo consejo comunitario, como ocurre en el presente caso.

Frente a ello, advierte el Despacho, que en el sub judice se configura una omisión legislativa relativa, como quiera que al regular la figura del aval que deben expedir los Consejos Comunitarios para el nombramiento de etnoeducadores en sus territorios colectivos, el decreto reglamentario, reguló la situación para el caso en que se emita el pronunciamiento respectivo por parte del Consejo Comunitario, pero no reguló la hipótesis de los casos en que los Consejos Comunitarios nieguen el aval solicitado; con lo cual, omitió demarcar una condición constitucional tendiente a garantizar el debido proceso, como principio, con el objeto de evitar no sólo la paralización injustificada de un proceso de selección, sino de limitar la discrecionalidad de los Consejos Comunitarios en la expedición de dichos avales, a fin de que tal discrecionalidad no derive en obstáculo de derechos constitucionales de los aspirantes y de principios fundamentales de las personas con las cuales se conformó la lista de elegibles.

Es tanto así que, en la ya citada sentencia C-543 de 1996, la Corte Constitucional señaló que la omisión legislativa relativa se da cuando el legislador ha expedido una ley en la que solamente regula algunas situaciones, dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad. Por lo que analizada la norma en cuestión, es decir el Decreto 1075 de 2015, resulta evidente la existencia de un vacío normativo, por cuanto, no cubre todos los supuestos que debería abarcar, en particular, el trámite a seguirse en caso de que la autoridad comunitaria se niegue a expedir el aval de que trata la norma o simplemente omita su expedición, situación que vulnera el derecho a la igualdad a los aspirantes que debido a dicha omisión vean truncado su derecho a acceder a los cargos públicos para los cuales concursaron.

No obstante lo anterior, aunque el juez de tutela pueda advertir la existencia de una omisión legislativa relativa, no le es dable complementar la norma sino únicamente ordenar lo que se requiera para proteger los derechos fundamentales en cada caso en concreto.

Desde esta óptica, ante la omisión legislativa que se presenta, en el caso en concreto, el Despacho está llamado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad con respecto a la norma aludida, pues la disposición aplicable, contenida en un decreto reglamentario, implicaría la violación de los derechos fundamentales al trabajo, acceso a cargos públicos e incluso a la dignidad humana de los aspirantes así como el principio constitucional del mérito para el ingreso a la carrera administrativa.

Con respecto a la excepción de inconstitucionalidad, el máximo órgano constitucional, en sentencia SU-132 del 2013, señaló que:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

“La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.”.

En ese orden de ideas, en el caso particular de la accionante, la disposición reglamentaria que se considera contraviene los derechos fundamentales es la contenida en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, que en lo pertinente establece que:

“Artículo 2.4.1.2.17.: Nombramiento en periodo de prueba en territorio colectivo: (...) En caso de no contar con dicho aval no podrá ser nombrado en la vacante correspondiente al territorio colectivo (...).”

Por lo que, la referida disposición es llamada a implicarse en el caso particular de la accionante utilizando para ello la excepción de inconstitucionalidad, como se pasa a analizar:

- 1) Como se señaló previamente, la norma aquí analizada no previó el trámite o procedimiento a seguir en caso de que el respectivo Consejo Comunitario no emita el aval correspondiente o se niegue a hacerlo.
- 2) Por esta razón, en estos casos, la culminación del concurso de méritos y los consecuentes derechos fundamentales de los aspirantes quedan al arbitrio de los Consejos Comunitarios, para el caso en concreto del Consejo Comunitario del Rio Grande en sus Brazos y la ensenada de Tumaco (N), lo cual es atentatorio de su dignidad humana y demás derechos fundamentales, pues no resulta constitucionalmente admisible que la expectativa legítima de la accionante a ser nombrada en el cargo para el cual concursó y respecto del cual se encuentra conformado la correspondiente lista de elegibles, después de haber superado un concurso de méritos que duró más de tres años, se mantenga indefinida en el tiempo y dependiendo del capricho del Consejo Comunitario.
- 3) De conformidad con la resolución No. 3245 del 23 de julio de 2015 emitida por la CNSC, por medio de la cual se conformó la lista de elegibles dentro de la convocatoria No. 238 de 2012 y de la cual forma parte la accionante, perderá vigencia, sin que se hubiese resuelto la situación que hoy se analiza.
- 4) El artículo 2.4.1.2.2 del Decreto 1075 de 2015, establece que los concursos para la selección de docentes y directivos docentes afrocolombianos y raizales estarán sujetos a los principios de objetividad, imparcialidad, confiabilidad, transparencia e igualdad de oportunidades.
- 5) De igual forma, debe advertirse que los concursos de méritos para la carrera docente tienen como fin último no solamente permitir el acceso a cargos públicos de aquellas personas que demuestren merito requerido para tal efecto, sino que también están encaminados a mejorar la calidad de educación



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

recibida por los niños, niñas y adolescentes de los centros educativos, otorgándoles la posibilidad de contar con docentes de excelentes calidades académicas, profesionales y humanísticas y ello se deriva del hecho de que en desarrollo del concurso a los aspirantes se les practica pruebas integrales etnoeducativas.

Todo lo anterior justifica la protección en el presente caso de los derechos fundamentales invocados por la accionante, en particulares al acceso a cargos públicos, que sido ampliamente abordados por la Corte Constitucional. Así en sentencia T-003 de 1992, esa corporación señaló que:

“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cuál es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.

Si ello es así, tal protección puede ser reclamada, en casos concretos, mediante el uso del mecanismo de la acción de tutela, concebida precisamente como medio idóneo para asegurar que los derechos trascienden del plano de la ilusión al de la realidad”

En suma, para el Despacho resulta evidente que el caso concreto, la aplicación de la disposición contenida en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, relativa a que el nombramiento de elegibles en periodo de prueba en territorios colectivos, no puede hacerse sin contar con el aval de reconocimiento cultural emitido por la autoridad comunitaria, atenta contra el núcleo esencial de los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso, la igualdad, el trabajo y el acceso a cargos públicos, razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, resulta procedente inaplicar la disposición reglamentaria para salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante, teniendo en cuenta que la falta de presentación del requisito allí contemplado se derivada de la negativa de un tercero.

En tal sentido, este Despacho amparará los derechos fundamentales alegados por la accionante y ordenará a las entidades accionadas y vinculadas, entender cumplido el requisito de aval de reconocimiento cultural para que la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, proceda a su nombramiento en periodo de prueba en el cargo que ella eligió.

Por lo anteriormente expuesto, el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Tumaco, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE TUMACO

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al MERITO, LA IGUALDAD, EL DEBIDO PROCESO Y EL TRABAJO reclamados por la señora **AURA ELENA GUERRERO CEBALLOS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 59.65.280 de Tumaco, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, **ORDENAR** a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO y a la GOBERNACIÓN DE NARIÑO que se entienda por cumplido el requisito de aval de reconocimiento cultural que debía expedirse a la señora AURA ELENA GUERRERO CORTES, por parte del CONSEJO COMUNITARIO DEL RIO PATIA GRANDE, SUS BRAZOS LA ENSENADA DE TUMACO -ACAPA-, y en tal virtud, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, PROCEDA a nombrarla en periodo de prueba en el cargo que ella eligió, según el orden de la lista de elegibles de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- NOTIFICAR por secretaria de esta decisión a sus destinatarios por el medio más expedito.

CUARTO.- COMISIONAR Al Juzgado Promiscuo Municipal de Francisco Pizarro (N), por el término de cuarenta y ocho (48) horas, con el fin de que se notifique la presente decisión a los docentes en provisionalidad de la Institución Educativa La Playa del Municipio de Francisco Pizarro, quienes previamente fueron vinculados al trámite de tutela.

QUINTO: SOLICITAR a las entidades oficiales vinculadas en la presente acción al igual que al Centro de Documentación Judicial CENDOJ, PUBLIQUEN en sus páginas web oficiales, el presente fallo de tutela.

SEXTO: ADVERTIR a las entidades accionadas que en caso de no cumplir con lo ordenado en el presente fallo de tutela, podrán ser sancionadas por desacato, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO.- Si esta providencia no es impugnada, remítase para su eventual revisión ante la Honorable Corte Constitucional.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ
JUEZ