



JURISDICCION DE TUTELA SENTENCIA

Ref: Acción de Tutela No.52 001-31-85-002 -2017 -00214 -00-

San Juan de Pasto, Agosto veintinueve (29) de dos mil diecisiete (2017)

Procede la Judicatura mediante esta providencia a decidir la solicitud de amparo de sus derechos fundamentales que la ciudadana RUBY ESNADIT FLOREZ RIVADENEIRA, de notas civiles conocidas de autos, a través de Apoderado Judicial instaurara frente a la GOBERNACION DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO y LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL MISMO ENTE TERRITORIAL, con domicilio en la ciudad de Pasto, a efectos de solicitar se les protejan sus derechos fundamentales “a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la dignidad y la seguridad social”, derechos consagrados y garantizados por nuestra Constitución Nacional.

I. ANTECEDENTES.

A.- Como ya se ha dejado expresado renglones arriba, la ciudadana RUBY ESNADIT FLOREZ RIVADENEIRA, en su condición de accionante, por intermedio de Apoderado y en uso de la facultad consagrada por el Art. 86 de nuestra Carta Política, el día quince (15) de agosto de la anualidad que nos alcanza, presentó ante la Oficina Judicial del Circuito Judicial de Pasto solicitud de amparo de los derechos “a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la seguridad social”, consagrados por nuestro ordenamiento Constitucional en sus cánones 11, 1º, 13, 25, 29 y 53, catalogados como fundamentales y garantizados por nuestra Carta Política, de los que afirma les han sido vulnerados por parte de la GOBERNACIÓN DE NARIÑO y la SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL DE NARIÑO. Dicha solicitud la dirige ante el Juez del Circuito de Pasto, reparto.

B.- CONCEPTO DE LA VULNERACIÓN. Hace consistir la ciudadana peticionaria de amparo, la vulneración de los derechos fundamentales mencionados de los que es titular, en los hechos básicos que el Juzgado se permite relacionar así:

1º.- Sostiene el Apoderado que su representada pertenece a la comunidad afrodescendiente, del pacífico nariñense y pie de monte, madre soltera de un menor de seis años y de otro que está por nacer, madre cabeza de familia, soltera.

2º.- Afirma que, la señora FLOREZ RIVADENEIRA, participó en el concurso público de méritos, para lograr ingresar al servicio público educativo como docente en primaria, superando todas las etapas, según convocatoria No. 238 de 2012 de la CNSC, obteniendo como puntaje definitivo 53.84 puntos, ubicándose en la lista de elegibles conformada por la resolución No. 3425 del 23 de julio del 2015 en el lugar 208.

3°.- Agrega que, que en audiencia del 3 de diciembre del 2015, su poderdante escogió dentro de las vacantes ofertadas por la OPEC, administrada por la CNSC, el Centro Educativo Inguambi Machare del Municipio de Barbacoas, pero el Consejo Comunitario "La Gran Minga", no quiso otorgar el aval de reconocimiento cultural, pretendiendo que su representada se desplace al lugar para someterla al escarnio público en un audiencia con la comunidad que conforma el Consejo Comunitario.

4°.- Expresa el Abogado que el 31 de julio del 2017, en una segunda audiencia de escogencia de plaza dentro de la convocatoria 238 de 2012, programada por la Secretaria de Educación de Nariño, se ofertaron las vacantes reportadas a la OPEC, por la Doctora DORIS GILMA MEJIA BENAVIDES, en dicha audiencia la señora FLOREZ RIVADENEIRA, escogió nuevamente el Centro Inguambi Machare del Municipio de Barbacoas, de lo cual la Secretaria de Educación no entregó copia de escogencia y menos permitió registro fotográfico.

5°.- Informa que según información de su mandante, el Consejo Comunitario "La Gran Minga", otorgó el aval a otra docente quien ya está nombrada en periodo de prueba en el mismo centro educativo seleccionado por la accionante.

6°.- Señala que en la audiencia del 31 de julio de 2017, se informa a los convocados que tiene quince días hábiles para conseguir el aval del respectivo Consejo Comunitario, labor complicada, pues después de un año siete meses lo han logrado, no lo van a conseguir ahora en 15 días.

7°.- Argumenta el Abogado, que su representada tiene temor de solicitar nuevamente el aval al Consejo Comunitario "La Gran Minga", por cuanto según la accionante, citan a lo elegibles junto con los docentes provisionales del Centro Educativo seleccionado, para recibir improperios y maltrato psicológico para al final negarles el aval, en embargo el 7 de agosto del año en curso, intentó infructuosamente entregar una solicitud al señor Bonifacio Angulo, representante Legal del citado Consejo.

8°.- Finaliza su escrito informando que la lista de elegibles, según resolución No. 3425 del 23 de julio del 2015, expedida por al CNSC, tiene una vigencia de dos años, a partir de su firmeza, es decir que estamos en presencia de un acto administrativo que si ya no feneció, está a punto de perder su vigencia.

C.- PETICIÓN. Fundándose en lo anterior la parte accionante solicita en síntesis que se le tutelen los derechos "a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, al mínimo vital" consagrados por nuestra Carta Política, los que afirma les han sido vulnerados por las entidades accionadas.

Como consecuencia de la anterior declaración pide que se ordene a la Gobernación de Nariño – Secretaria de Educación Departamental, que dentro de un término perentorio e improrrogable, efectúe el trámite necesario para nombrarla en periodo de prueba en el Centro Educativo Inguambi Machare, jurisdicción del Municipio de Barbacoas (Nar), para lo cual no será necesario el Aval de reconocimiento cultural por cuanto su representada pertenece a la

comunidad Afro o se tenga como reconocimiento cultural el Aval entregado por algunos integrantes de la comunidad del pre nombrado establecimiento.

En el evento de no ser posible el nombramiento en periodo de prueba en el Establecimiento Educativo Inguambi Machare, jurisdicción del Municipio de Barbacoas (Nar), se dispondrá el nombramiento en otro Centro Educativo del Municipio de Barbacoas (N) ubicado por fuera de los territorios colectivos legalmente conocidos y registrados en los antiguos INCORA, INCODER o en región creada por la Agencia Nacional de Tierras.

Solicita igualmente, se ordene a la Secretaria de Educación Departamental de Nariño y al Consejo Comunitario "La Gran Minga", se establezca un procedimiento objetivo que garantice los derechos de su mandante, como aspirante legítima a ocupar un empleo público de carrera.

En acápite especial el señor mandatario judicial de la parte actora solicita medida provisional en el sentido de oficiar a la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, suspender el proceso de nombramientos en periodo de prueba, hasta tanto la entidad territorial nombre a su poderdante en periodo de prueba en un Establecimiento Educativo ubicado por fuera de los territorios colectivos legalmente constituidos y registrados en el antiguo INCORA, INCODER o Agencia Nacional de Tierras, o se logre el reconocimiento cultural por parte del Consejo Comunitario "La Gran Minga" y/o validación del aval otorgado por algunos integrantes de la comunidad del Establecimiento Educativo Inguambi Machare.

D.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS.
Expresa la parte accionante en su solicitud de amparo que con dicha conducta omisiva presentada por las entidades accionadas, a través de sus representantes legales se les están vulnerando en forma flagrante los derechos fundamentales "a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, y a la vida en condiciones dignas", protegidos y garantizados por nuestra Carta Política mediante la acción de amparo ejercitada ante la autoridad judicial competente.

La parte actora con su solicitud de tutela de sus derechos fundamentales allegó entre otros documentos: memorial en que otorga poder para que la represente en esta tutela al Dr. Juan Pablo Hurtado Narváez; copia de la cedula de ciudadanía de la accionante; copia del registro civil del menor Cristian Daniel Angulo Flórez; copia del carné del programa de Bienestar Social Materno Perinatal; copia de tres declaraciones extra juicio ante la Notaría Única de Barbacoas (N); copia de la acta No. 238 de 2012, para escogencia de plaza en Institución Educativa del cargo de Primaria; copia autentica; copia de la resolución No. 3425 del 23 de julio del 201; copia de la citación a audiencia pública de escogencia de plaza en institución educativa, concurso docente y directivo docente CNSC, convocatoria etnoeducadores afrocolombianos No. 238 del 2012; copia del listado de los aspirantes a la oferta pública de empleos de carrera docente OPEC, constante de ocho folios.

E.- TRAMITE IMPARTIDO. Presentada que fuere dicha solicitud de amparo, el día quince (15) de agosto del año en curso, ante la Oficina Judicial del Circuito Judicial de Pasto

y habiéndole correspondido por reparto su conocimiento a este Juzgado, éste mediante auto de fecha dieciséis (16) de agosto de 2017 dispuso admitir en trámite la solicitud de tutela impetrada, así mismo se decidió decretar la medida provisional solicitada, disponiendo el aplazamiento del proceso de nombramiento en periodo de prueba en los establecimientos educativos ofertados en audiencia pública del 31 de julio del 2017, mientras este Juzgado profiere una decisión de fondo; Igualmente se decidió vincular a la presente solicitud de tutela a la CNSC y al Ministerio de Educación; Así mismo se ordenó la notificación personal de la anterior providencia a la parte accionante y en especial a los entes accionados y vinculados por intermedio de sus representantes legales, a quienes se les brindó la oportunidad de que ejerzan sus derechos de defensa y sienten su posición respecto de la solicitud de amparo impetrada en su contra.

F.- ACERVO PROBATORIO EXISTENTE.

Durante el trámite de la presente acción de tutela se recaudó el siguiente acervo probatorio:

El Juzgado Quinto de Familia dentro de la acción de tutela No. 2016-264, instaurada por la accionante, a solicitud de este Despacho, remitió copia de la decisión de fondo tomada dentro de la citada tutela, de fecha 01 de noviembre del 2016; copia del auto emanado de la Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión donde admite la revisión de la decisión tomada por el Juzgado Quinto de Familia y copia de la respuesta dada a la Corte Constitucional, por parte del Consejo Comunitario "La Gran Minga".

G.- POSICIÓN ASUMIDA POR LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS.

1º.- La GOBERNACIÓN DE NARIÑO – SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, a través de la Dra. CARMEN MARINA LUNA M. en su condición de apoderada jurídica del Departamento de Nariño, mediante escrito allegado el día 18 de agosto del año en curso, solicita se declare improcedente la acción formulada, se exonere de toda responsabilidad a la entidad que representa y se levante la medida provisional decretada, bajo las siguientes precisiones:

Señala que el 3 de diciembre de 2015, se desarrolló audiencia pública de escogencia de cargos para la provisión de cargos de directivos docentes y docentes de la población afrocolombiana, negra, raizal y palenquera en el Departamento de Nariño, donde la accionante escogió la vacante de la Institución Educativa La Conquista del municipio de Roberto Payan ubicada en el territorio colectivo (sic).

Informa igualmente, que la Secretaria de Educación Departamental, en cumplimiento de dos fallos de tutela en acciones promovidas por los elegibles del concurso de méritos del que hace para la accionante, ha convocado a audiencia de selección de vacantes a las personas que a la fecha no han logrado obtener el aval de reconocimiento etno cultural en el establecimiento educativo que fuera seleccionado en la primera audiencia llevada a cabo en el

mes de diciembre del 2015, así mismo la CNSC autorizó a la Secretaria de Educación Departamental la realización de una nueva audiencia de selección de vacante, con la finalidad de que los elegibles-entre ellos la accionante quien ocupa el puesto 229 de la lista de elegibles, tengan la posibilidad de cambiar esa primera elección y en su lugar elegir una nueva vacante donde efectivamente logre la consecución del aval de reconocimiento etno cultural; pero la señora RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA se ratificó eligiendo la misma vacante en el Centro Educativo Inguambi Machare jurisdicción del Municipio de Barbacoas, como se puede verificar en el acta de selección de vacante de fecha 31 de julio de 2017, en dicha acta, la accionante tiene hasta el 23 de agosto de 2017, para radicar el aval de reconocimiento cultural expedida por el Consejo Comunitario competente.

La señora Apoderada relaciona igualmente la reglamentación que rige como requisito el aval del Consejo Comunitario para realizar un nombramiento en periodo de prueba para docentes Afrocolombiano y Raizales; por lo anterior considera que a la accionante no se le está vulnerando derecho alguno, toda vez que como ella misma lo manifiesta, ha sido el Consejo Comunitario "La Gran Minga", quien ha estado renuente en entregarle 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 no se contempla en los términos de la convocatoria.

Sostiene la Abogada, que a la accionante se le concedió hasta el 23 de agosto para que presente el aval del Consejo Comunitario, al igual que a otros elegibles que a la fecha cumplieron con el requisito y que ya fueron nombrados en periodo de prueba, lo anterior siguiendo los lineamientos y parámetros exigidos por la legislación para el caso en concreto.

Alude que en el caso sub examine debe tenerse en cuenta que la señora RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA, concursó para la entidad territorial Departamento de Nariño, tal como lo señala la resolución No. 3425 de 2015, ocupando el puesto 208 y en audiencia pública de selección de vacantes, realizada el 3 de diciembre del 2015. escogió de manera libre y voluntaria el Centro Educativo La Inguambi Machare del municipio de Barbacoas (N), ubicada en el territorio colectivo, siendo obligatorio el nombramiento en el referido centro educativo, previo cumplimiento de los requisitos legales, esto es el aval del Consejo Comunitario La Gran Minga del Municipio de Barbacoas al que pertenece el Centro Educativo, así mismo en la audiencia de selección de vacantes de fecha 31 de julio del 2017, se ratificó en la selección de la misma vacante. contando hasta el 23 de agosto de 2017, para radicar el aval correspondiente.

Indica que, por la reglamentación existe y a que relaciona en su escrito de contestación, no resulta procedente el nombramiento en periodo de prueba en un establecimiento diferente al que la accionante seleccionó, salvo que realicen una permuta con otro elegible de la entidad territorial (Departamento de Nariño), donde efectivamente el respectivo consejo comunitario emita el aval.

Con respecto a los Consejos Comunitarios, informa que estos en el proceso de su

competencia para efectos de otorgar el respectivo aval y poder tomar la decisión de si este se otorga o no a los docentes que se encuentran en lista de elegibles, deben realizar una valoración de carácter objetivo, teniendo como criterios orientadores los señalados en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015, donde se establece ***“Componentes de la prueba integral etnoeducativa. Los componentes de la prueba integral etnoeducativa medirán el conocimiento de los aspirantes en los saberes básicos y específicos de dichos pueblos. concretamente en los aspectos de territorialidad, culturas locales, interculturalidad, organización social, historia, relaciones interétnicas y diálogo de saberes, así como en los principios de etnoeducación, pedagogía, derechos y legislación etnoeducativa básica; así como la evaluación en los niveles de dominio de conocimiento o disciplina específica frente a las funciones a desarrollar por el aspirante en el ejercicio de la docencia; aptitud matemática y verbal, así como el nivel psicotécnico de interés profesional, vocación y sentido de apropiación y reconocimiento cultural afrocolombiano y raizal.***

Sin embargo sostiene, que los Consejos Comunitarios de manera arbitraria, están obstruyendo la posibilidad de que quienes forman para de una lista de elegibles como el caso de la accionante, puedan ser nombrados con el cumplimiento de los requisitos legales. Con los argumentos de que dichas comunidades no fueron consultadas para llevar a efecto este concurso, sin embargo esta argumentación ha sido bastante rebatida por el Ministerio de Educación Nacional al manifestarles que “luego de avanzar en un proceso de consulta con representante de las comunidades Afrocolombianas Negra, Raizales y Palenqueros, miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras-CPN. Proceso que permitió llegar a acuerdos, básicos para realizar el concurso de etnoeducadores que ejerzan cargos en estas comunidades, y que se tuvieron en cuenta en las diferentes convocatorias abiertas, dependiendo de cada entidad territorial certificada en educación”.

La decisión de los Consejos Comunitarios deber ser motivada, y fundamentada en criterios previamente establecidos, sin embargo de los documentos que obran en el expediente de la acción de tutela que hoy ocupa nuestra atención, no se observa prueba alguna en la que se indique que el Consejo Comunitario “La Gran Minga” del Municipio de Barbacoas, al que pertenece el centro educativo Inguambi Machare del municipio de Barbacoas, haya seguido un procedimiento para emitir la negativa de la expedición del aval, basada en criterios objetivos y que la decisión haya sido motivada, por lo tanto al ser los consejos Comunitarios en los territorios colectivos afro colombianos, la máxima autoridad es obligación y deber funcional el de otorgar los respectivos avales, siendo hasta este momento los únicos responsables de la afectación de los derechos que reclama la accionante.

Manifiesta la Apoderada que en el presente asunto no se evidencia vulneración alguna de los derechos invocados por parte del Departamento de Nariño-Secretaria de Educación Departamental, pues se le está preservando el principio de legalidad, por tanto la expedición del respectivo aval mediante el cual se hace el reconocimiento cultural, expedido por la autoridad comunitaria competente Consejo Comunitario, es una disposición de carácter legal que no ha sido modificada o derogada, por norma superior o de igual jerarquía por lo tanto se encuentra vigente, siendo de obligatorio cumplimiento.

Informa además la Abogada, que el tema que hoy se discute ha sido seleccionado por la Honorable Corte Constitucional para su revisión y cursa en el Despacho de la Magistrada GLORIA ESTELLA ORTIZ DELGADO, expediente identificado con el No. T-6068552, sin que hasta el momento se haya notificado de decisión alguna; sin embargo por ser la misma accionante, la identidad de los supuestos facticos en el presente asunto, podría estarse configurando una temeridad.

Igualmente la Apodera cita jurisprudencia correspondiente a la improcedencia de la acción de tutela y alude que en el presente caso, la 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 la 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 serían otros los medios establecidos en el ordenamiento jurídico para modificar las condiciones de acceso de docentes afro descendientes al nombramiento en periodo de prueba.

Finalmente solicita el levantamiento de la medida provisional decretada, teniendo en cuenta la afectación que se causa a los elegibles que si acreditan el cumplimiento de los requisitos legales, pues de ello deviene afectación al interés público representado a los demás integrantes de la lista de elegibles y no únicamente al interés particular de la accionante.

2°.- EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL.- Esta entidad vinculada en escrito remitido vía correo electrónico, impreso el 22 de agosto del 2017, la Dra. GLORIA AMPARO ROMERO GAITAN, en su condición de Asesora de la Oficina Jurídica del Ministerio de Educación, argumenta la falta de legitimación en la causa de la entidad que asesora y la competencia de las entidades territoriales certificada en cuanto a la administración del personal docente y administrativo y sostiene que en cumplimiento de la ley 60 de 1993, el servicio público educativo se descentralizó y el Ministerio de Educación Nacional 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 y cita las leyes expedidas al respecto.

En cuanto al Ministerio de Educación Nacional, aclara que su papel es el de fijar las políticas generales en materia de educación, pero no administra los servicios educativos, ni el personal docente y administrativo, por cuanto legalmente no se le ha establecido esta competencia, la cual como ya se ha dicho, corresponde a las entidades territoriales certificadas en educación, quienes deben administrar la prestación de servicio educativo en preescolar, básica y media, a través de las secretarías de educación, quienes se encargarán entre otras funciones, **de hacer efectivas las situaciones administrativas de ingreso, ascenso, traslado y retiro del personal docente y administrativo, de acuerdo a la normatividad vigente y a las necesidades del servicio** (subrayado y negrilla dentro del texto).

Respecto de los concursos de docentes, señala que en virtud de las facultades

asignadas por el artículo 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y las sentencias C-1230 de 2005 y C-175 de 2006, es la Comisión Nacional del Servicio Civil quien tiene a su cargo ejercer funciones como máximo organismo en la administración y vigilancia de sistema general de carrera y de los sistemas especiales y específicos de carrera administrativa de origen legal. En otras palabras, es la CNSC, la que convoca, administra y vigila el proceso concursal en virtud de la convocatoria 238 de 2012.

Precisa además al asesora que el Ministerio de Educación Nacional desde el año 1995, viene concertando la política educativa para la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera, en el seno de la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras-CPN; el Ministerio Nacional de Educación ha venido concertando los procesos de selección por méritos de los docentes etnoeducadores negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros, los cuales se han consolidado en dos concursos diferenciales.

Con fundamento a lo anterior la CNSC, en octubre del 2012 expidió los acuerdos No. 265 al 293 de 2012, dando apertura a las convocatorias Nos. 221 a 249 de 2012, con lo cual se inició de manera oficial el segundo concurso de méritos para la selección y posterior nombramiento en periodo de prueba de los docentes etnoeducadores negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros al servicio de instituciones educativas oficiales de 30 entidades territoriales certificadas en educación. Concurso que se basó en los protocolos de evaluación que fueron elaborados de manera concertada con los representantes de los pueblos negros, afrocolombianos, raizales y palenqueros, en el marco de las sesiones de trabajo de la Comisión Pedagógica Nacional – CPN, como una forma de promover la protección de la cultura y la diversidad que representan estos pueblos, de ahí que en las distintas pruebas, se incluyó el componente etnoeducativo afrocolombiano, como reconocimiento a la expresión de una particularidad propia de los etnoeducadores que esperan vincularse a los establecimientos educativos, donde mayoritariamente hacen presencia comunidades afrodescendientes.

Dentro de los procesos concursales del personal docente, se ha previsto que en el caso de proveer cargo para comunidades afrodescendientes, se acredite por parte del aspirante al cargo, el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario de que trata el artículo 2.4.1.2.17 del decreto 1075 de 2015-Único Reglamentario del Sector Educación.

Con respecto al aval, enfatiza la apodera que si bien el decreto en mención le otorga la facultad a los Consejos Comunitarios para otorgar el aval a los elegibles como requisito para ser nombrados en periodo de prueba, no quiere decir que se les haya entregado la potestad absoluta para realizar los nombramientos, pues esto significa 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 afrodescendientes, por tanto la negación del aval debe estar justificada y obedecer a un procedimiento previamente establecido por la comunidad, en el que se informe a los interesados los criterios de selección, que debe estar ordenados en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015.

Negar ese aval, o no expedirlo, impide el nombramiento en periodo de prueba, pero no quiere decir, que la ley le haya otorgado al Consejo Comunitario tal competencia de impedimento del nombramiento por su negativa. El Consejo Comunitario, le corresponde otorgarlo bajo los parámetros señalados anteriormente por la CNSC. En aquellos casos que el consejo comunitario e su sabiduría considere que debe negarlo, tal negativa debe estar fundada en hechos, claros, precisos y objetivos de que el aspirante no puede ni debe ser docente de su comunidad por las razones que se precisen en la negativa y evitar una conducta evasiva, pues se trata de una exigencia prevista en la normatividad vigente, además este aval no puede estatuirse como el único elemento que determine el mérito para ingresar al empleo público, dado que esto significaría la violación de los derechos del aspirante que está concursando.

Cita la Asesora, la parte resolutive del fallo de tutela emanada del Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Barbacoas Nariño de fecha 7 de abril del 2017, donde tuteló el derecho al trabajo y debido proceso de etnoeducadores que encontraban en igual situación que la accionante en el presente asunto e insiste en que la norma precitada no otorga competencia adicionales al consejo comunitario, pues lo que se busca es asegurar que en su comunidad se encuentre los mejores docentes, pues estos han superado el proceso concursal en todas sus etapas, demostrando que poseen la idoneidad necesaria para el desempeño del cargo.

Concluye afirmando que el Ministerio de Educación Nacional carece de competencia, toda vez que de acuerdo con lo manifestado, es la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC el ente estatal que tiene a su cargo ejercer funciones como máximo organismo en la administración y vigilancia del sistema general de carrera y de los sistemas especiales y específicos de carrera administrativa de origen legal, y como se ha explicado la convocatoria 238 de 2012 ha sido de exclusiva expedición de la precitada Comisión. Adicionalmente son las secretarías de educación certificadas en educación las que les asiste la competencia en para el nombramiento en periodo de prueba, puesto que así se les asigna conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley 715 de 2001.

Termina su escrito solicitando que de conformidad con la información y normatividad relacionada con anterioridad, se desvincule al Ministerio Nacional de Educación Nacional como parte demandada dentro de la presenta acción de tutela por cuanto no está desconociendo derecho fundamental alguno, toda vez que ese 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 educativo a su cargo.

3°.- LA COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.- en escrito enviado vía correo electrónico, impreso el 22 de agosto del 2017, por intermedio de su Asesor Jurídico de la entidad vinculada, Dr. VICTOR HUGO GALLEGU CRUZ, argumenta su defensa en la falta de legitimidad en la causa pasiva y después de relacionar la función que presta y el desarrollo de las diferentes fases del concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes para proveer los empleos vacantes de Directivos Docentes y Docentes de preescolar, básica media y orientadores en establecimientos educativos oficiales, ubicados en la entidad territorial certificada en educación, indica que en este estado del proceso y con la firmeza de las listas de elegibles, la

Comisión ha cumplido en su totalidad con las obligaciones que dentro de la convocatoria se encuentran en cabeza de la misma, y en este punto es únicamente la entidad territorial quien continua con lo que resta del proceso adelantando la audiencia y realizando los correspondientes nombramientos en periodo de prueba. Igualmente resalta que los aspirantes al inscribirse al concurso de méritos aceptan todas las condiciones contenidas en la convocatoria y demás reglamentos, de conformidad con lo establecido el parágrafo del artículo 14 del Acuerdo en mención, además habrá el Despacho de tener en cuenta que estas han sido ampliamente conocidas por los aspirantes y por tanto ellos deben adherirse a su contenido.

Seguidamente el Asesor relaciona lo normado con respecto a las competencias de las entidades territoriales certificadas en educación y de acuerdo a ello y en consideración al artículo 50 del Decreto 1950 de 1973 (norma hoy contenida en el Decreto 1083 de 2015), *“Los jefes de personal de los organismos administrativos o quienes hagan sus veces deberían verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades a que se refiere el artículo anterior ”* y como lo señala el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015 el aval es un requisito para el nombramiento en periodo de prueba que deben acreditar ante la entidad territorial los elegibles que en el marco del concurso público de méritos escojan en audiencia pública, instituciones ubicadas en territorios colectivos.

Igualmente el Representante relaciona en forma extensa lo reglado con respecto a la convocatoria de Directivos Docentes y Docentes para la población afrocolombiana negra, raizal y Palenquera y expresa que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió los Acuerdos para las convocatorias de docentes y directivos docentes etnoeducadores, los cuales en la parte considerativa señalan como normas especiales de carácter reglamentario entre otras, el artículo 1° del Decreto 3982 de 2006 y los Decretos 3323 de 2005, 140 de 2006 y 3446 de 2007, que establecen el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, así mismo establecen el procedimiento de inscripción y los requisitos exigidos para posesionarse en el cargo.

Con respecto al nombramiento en periodo de prueba en territorios colectivos, el asesor cita el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, que dispone: *“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 del reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, 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.*

El aval será otorgado por la Junta del respectivo Consejo Comunitario y entregado a la secretaria de educación de la entidad territorial certificada por parte del aspirante”,

Así mismo enumera las causales de exclusión de la lista de elegibles, las que se encuentran contempladas en el Decreto 1075 de 2015.

Con respecto al requerimiento realizado por este Juzgado, indica que, tal como se expresa en la parte resolutive de los Acuerdos del 2 de octubre de 2012 y del 22 de abril de 2013, por los cuales se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población Afrocolombiana, Negra, Raizal y Palenquera, se trabajó durante más de dos años en concertación y consulta permanente con la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras, único Órgano Colegiado Asesor de Gobierno Nacional para la formulación y ejecución de la política de etnoeducación para las comunidades negras, la cual fue creada por el artículo 42 de la Ley 70 de 1993 y reglamentada por el Decreto 2246 de 1995. Dichos Acuerdos señalan: *"En el marco de las normas constitucionales, legales y reglamentos citados, se avanzó en un proceso de consulta con representantes de las Comunidades Afrocolombianas, Negras, Raizales y Palenqueros, miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras –CPN, quienes delegaron en una subcomisión., proceso que permitió llegar a acuerdos básicos para realizar el concurso de etnoeducadores que ejerzan sus empleos en estas comunidades, los cuales se toman en cuenta en el presente acuerdo de convocatoria"*; seguidamente relaciona las fechas en las que se llevaron a cabo las reuniones y los acuerdos y resultados alcanzados en cada una de ellas.

Señala entonces el Apoderado que, los requisitos establecidos para participar en el concurso de méritos son los definidos en la Ley General de Educación-Ley 115 de 1994 y en el Estatuto de Profesionalización Docente-Decreto Ley 1278 de 2002, normas que rigen para la selección de etnoeducadores afrocolombianos, sin que haya derecho a establecer excepciones de otra naturaleza. Esto permite garantizar principios constitucionales como el de igualdad de oportunidades para acceder a la función pública, el derecho al trabajo y el de profesionalización y dignificación de la actividad docente, principios que se deben cumplir y son comunes para todos los colombianos sin distingo de ningún tipo.

Con todo lo anterior, precisa que la situación laboral de los elegibles es responsabilidad del ente territorial y no resulta de competencia de al CNSC la coadministración de la planta docente, por cuanto la competencia de esa Comisión va hasta la conformación de las listas de elegibles que para el caso en concreto ya se surtió, sin desconocer que debe pronunciarse frente a situaciones que atentan contra los principios que rigen los concursos públicos, emitiendo para el caso de los docentes conceptos en los que se concluye 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 integran la respectiva lista de elegibles, quienes conservan la expectativa para ser nombrados en otros cargos que no se exija tal requisito, razón por la cual, las decisiones que se toman respecto del personal adscrito a la planta de personal son responsabilidad directa del nominador.

Por lo anterior afirma que l CNSC no es competente para aplicar disposiciones referentes a los nombramientos y declaraciones de insubsistencia de provisionales, pues no es la entidad nominadora, esto es, Entidad Territorial de Nariño, situación que descarta la vulneración de derechos referidos por la actora por parte de la entidad que represente e informa que la CNSC se pronunció respecto a los elegibles que no se han podido nombrar por carecer del aval de reconocimiento cultural, mediante oficio No. 02-2015EE-35398 del 14 de diciembre del 2015.

Finaliza su escrito solicitando al Despacho desvincular a la entidad que representa, toda vez que no ha vulnerado derecho alguno a la accionante, en el sentido que lo que hoy se discute no es de resorte de esa entidad, toda vez que la competencia de la CNSC va hasta la conformación de la lista de elegibles y el nombramiento de los elegibles es responsabilidad directa de la entidad nominadora.

4°.- EL CONSEJO COMUNITARIO "LA GRAN MINGA".- por intermedio del señor BONIFACIO ANGULO, representante legal en escrito allegado vía correo electrónico el 28 de agosto del 2017, sostiene que en el caso de los avales para la selección de docentes datan de 1994 proviniendo del artículo 62 de la Ley 115 de 1994 o LEY GENERAL DE LA EDUCACIÓN, que dispuso la concertación entre la autoridad educativa y los grupos étnicos. Entonces nació entre los usos y costumbres el que fuera la comunidad en pleno quine autorizara a su Representante Legal para expedir el aval que permitiera al seleccionado por la comunidad incorporarse a la docencia oficial.

Después de relacionar la autonomía que la Corte les ha otorgado en especial en el tema de educación, alude que si una comunidad Afro no autoriza a su representante legal para expedir el aval para ser nombrado en el cargo de docente, es porque NO LO CONOCE e ignora si llena los requisitos exigidos por la Ley General de Educación para ser etnodocente, o lo conoce demasiado bien y sabe que no es la persona apta para desarrollar en sus hijos su futura identidad cultural. En todo caso puede y debe ejercer su autonomía.

Sostiene que nadie, "ni del Ejecutivo, ni del poder judicial está autorizado para vulnerar la AUTONOMIA y el AUTOGOBIERNO de una comunidad de la diversidad y por tanto se encuentra impedido tanto para ordenar so pena de desacato y cárcel o multas al Representante Legal de un Consejo Comunitario, que emita un aval que sin autorización de la comunidad no pueda dar, como para autorizar a una Secretaria de Educación que prescinda del aval y proceda a nombrar al docente que está en la lista de elegibles, pues ambas cosas constituyen **VIAS DE HECHO.**

Afirma además que haciendo uso de su autonomía, la comunidad autorizó a la Junta Directiva del Consejo Comunitario la Gran Minga avalar el nombramiento en periodo de prueba de la docente CARMEN JOHANA QUIJANO, en la plaza que ella seleccionó en el Centro Educativo de Machare, ya que se requería el servicio de la docente por la necesidad del servicio, lo cual fue concertado con la Secretaria de Educación de Nariño.

5°.- VINCULACION A LA ACCION DE TUTELA.

Los señores: LISBETH GOYES GASPAR, C. C. No. 1.082.691.539; JOSE HARRY VALENCIA, C. C. No. 1.080.830.255; LUDY VANESSA LANDAZURY, C. C. No. 1.082.689.243; SEGUNDO INGA A., C. C. No. 15.812.836; CARMEN LEONOR ERAZO, C. C. No. 27.298.478; YESSICA CABEZAS M., C. C. No. 1082.690.367 y DORKIS DEL CARMEN TORRES, C. C. No. 27.124.255, mediante escrito entregado el día 22 de agosto del año en curso firmado por cada uno de ellos, solicitaron que la medida provisional decretada por

este Despacho no afecte a los docentes que tiene el aval o escogieron establecimientos educativos en territorio no colectivo o existe orden judicial para ser nombrados en periodo de prueba por cuanto han esperado un año y siete meses y varios días para este nombramiento del cual dependen sus familias.

II. CONSIDERACIONES.

A.- COMPETENCIA. De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la acción instaurada, por cuanto en primer lugar, el mismo tiene jurisdicción en el lugar de ocurrencia de los presuntos hechos vulnerantes que motivan la solicitud de amparo, pues, la presente acción se dirige contra la GOBERNACION DE NARIÑO y SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL, entidades gubernamentales legalmente representadas por el señor Gobernador y la Secretaria de Educación y Cultura Departamental.

En segundo término, el inciso segundo del numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1382 del 12 de julio del 2000, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela, prescribe : *"A los jueces de circuito o con categoría de tales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del sector descentralizado por servicios del orden nacional o autoridad pública del orden departamental"* (Subrayado fuera de texto)

Es así, como las entidades contra quienes se instaura la acción de tutela., GOBERNACION DE NARIÑO y SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL, son autoridades o entidades del orden Departamental.

De todo lo anterior se concluye que la GOBERNACION DE NARIÑO y LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL, dada su naturaleza jurídica, la primera pertenece o es catalogado como un organismo territorial del orden Departamental y la segunda, es una dependencia adscrita a ese mismo ente territorial, circunstancia ésta que nos permite manifestar que somos competentes para tramitar y decidir las acciones de tutela que se impetren en su contra.

B.- MARCO JURÍDICO DE LA ACCIÓN DE TUTELA.-

Como este Juzgado lo ha expresado en anteriores oportunidades y en casos análogos de violación o vulneración a los derechos fundamentales, el artículo 86 de la Constitución Nacional creó un mecanismo encargado de proteger los derechos fundamentales de las personas, mediante la denominada acción de tutela., que fue reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, para hacer efectivo su ejercicio, estableciendo el procedimiento, las restricciones y limitaciones y también los derechos contra los cuales procedía. Dicha acción se encamina a proteger los derechos fundamentales de las personas cuando estos resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública.

La acción de tutela o también conocida como amparo es la institución que tiene su ámbito dentro de las normas del Derecho Político o Constitucional y que está encaminada a proteger la libertad individual o patrimonial de las personas cuando han sido desconocidas, vulneradas o atropelladas por una autoridad pública -- cualquiera sea su índole -- que actúa fuera de sus atribuciones legales o excediéndose en ellas, generalmente vulnerando las garantías establecidas en la Constitución o en los derechos que ella protege, es un mecanismo judicial extraordinario de defensa de los derechos fundamentales.

Su procedencia se circunscribe a la carencia de otro medio de defensa judicial efectivo para la defensa de los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o amenazados. De su naturaleza se desprenden dos características: La subsidiaridad y la inmediatez. En virtud de la primera solamente es procedente la acción, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para su defensa, a menos que busque evitar un perjuicio irremediable, y la inmediatez tiene que ver con la aplicación urgente de medidas que tiendan a hacer efectivo, concreto y actual, el derecho objeto de la violación o amenaza.

Nuestro alto Tribunal Constitucional ha expresado al respecto: *“La acción de tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario encargado por la Carta Política a los jueces de la República, que busca brindar a la persona la posibilidad de acudir a la justicia de una manera informal, en procura de obtener una protección directa e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en todos aquellos casos en que el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial”*¹

De la naturaleza de esta acción se desprenden dos características: La subsidiaridad y la inmediatez. En virtud de la primera solamente es procedente la acción, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para su defensa, a menos que busque evitar un perjuicio irremediable, y la inmediatez tiene que ver con la aplicación urgente de medidas que tiendan a hacer efectivo, concreto y actual, el derecho objeto de la violación o amenaza. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley.

C- EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL

Nuestra Constitución Nacional protege el derecho fundamental al “mínimo vital”. Este derecho se funda en el principio de solidaridad social y hace alusión a la obligación que tiene el Estado o un determinado particular- de satisfacer las mínimas condiciones de vida de una persona. Nuestro Alto Tribunal Constitucional se ha referido al mínimo vital de diversas maneras entre ellas:

1º.- Como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna, y

¹ H. Corte Constitucional. Sentencia T 604 de 1996

2º.- Como el núcleo esencial de los derechos sociales, como lo son el derecho a la pensión o al salario, cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales.

Se ha dicho que el mínimo vital es un derecho a la subsistencia que aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, "puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social. Este derecho incluye, el núcleo esencial de derechos sociales prestacionales y tiene como función lograr una igualdad material, *"cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y siempre que el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia"*²

La H. Corte Constitucional ha definido el contenido del mínimo vital como *"los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano"*.³

Con fundamento en lo anterior, la H. Corte Constitucional ha reconocido el derecho al mínimo vital de los pensionados, los trabajadores, las mujeres embarazadas y las personas en situación de debilidad manifiesta, frente a las siguientes situaciones:

- Mora en el reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación o invalidez o de la sustitución pensional;
 - Mora en el pago de salarios;
 - Omisión de prestar atención necesaria de seguridad social en salud;
 - Omisión de pagar la licencia de maternidad y el despido injustificado de la mujer embarazada;
- y,
- Desprotección absoluta de personas en situación de debilidad manifiesta.

En efecto, en los casos mencionados la Corte ha protegido los derechos antes mencionados - el derecho a la pensión, a la asignación mensual, al reintegro de la mujer embarazada, etc. - sólo cuando se ha demostrado que la afectación de tales derechos compromete las condiciones mínimas de vida de la persona afectada.

La mora en el pago del salario una vez vencidos los períodos pactados, no significa solamente el incumplimiento de una de las partes en la relación jurídica, sino abierta violación de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, en especial cuando se trata del único ingreso del trabajador o del beneficiario de la prestación social económica, y por tanto, medio insustituible para su propia subsistencia y la de su familia.

² H. Corte Constitucional. Sentencia SU-111/97

³ H. Corte Constitucional. Sentencia T-011/98

Si de derechos fundamentales se trata, y con mayor razón si está de por medio la digna supervivencia de las personas, que en sí misma equivale a la conservación de la vida, cabe la acción de tutela para obtener la protección al mínimo vital, en cuanto otros medios judiciales resulten ineficaces o carentes de idoneidad para ese propósito.⁴

D.- DERECHO A LA IGUALDAD.-

El derecho a la igualdad es aquel derecho inherente que tienen todos los seres humanos a ser reconocidos como iguales ante la ley y de disfrutar de todos los demás derechos otorgados de manera incondicional, es decir, sin discriminación por motivos de nacionalidad, raza, creencias o cualquier otro motivo.

En un estado social de derecho, como el colombiano, esta búsqueda se lleva a cabo por medio de la protección de la igualdad formal y material de los ciudadanos. Se entiende igualdad formal, como igualdad ante la ley e igualdad material, como las diferentes regulaciones económicas y sociales que se deben llevar a cabo, para que se dé la igualdad como tal en la realidad, es decir, en las prácticas sociales.

En Colombia, el artículo 13 de la constitución consagra el derecho a la igualdad, cuya formula básica es hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, evitando y prohibiendo así las discriminaciones activas, como lo son las leyes que excluyen a grupos raciales del goce de un derecho fundamental y las discriminaciones pasivas donde frente a una situación desigual, se le trata igual.

La igualdad es un término que se utiliza para describir que todos somos iguales y que hay que tratarnos bien y sin subestimar a otros y sin criticarlos por sus gustos, color o nacionalidad.

La igualdad implica siempre criterios de diferenciación, designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación".

Igualdad implica no sólo idéntica posibilidad de acceso, sino idéntico tratamiento. En consecuencia ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario, lo que significa que ninguna puede tener trato preferencial basado en su condición socio económica, política, religiosa, de raza, de credo, etc..

El principio de igualdad, supone, entre otras cosas, el derecho a que el legislador otorgue un trato similar a quienes se encuentran en condiciones similares y, diferente, a quienes están en distinta situación (igualdad ante la ley).

⁴ H. Corte Constitucional. Sentencia T.081 de 1997

Más sin embargo, en ciertas situaciones, la ley puede proteger a la parte más débil de la sociedad, para que equilibre su condición con otros, como sucede por ejemplo, con las personas de la tercera edad, los menores y los discapacitados entre otros

Sobre este derecho se ha afirmado que "todos los ciudadanos estamos en igualdad de condiciones frente a la ley, esto es, en igualdad de trato e igualdad de oportunidades para todos. De ese respeto al derecho a la igualdad depende la dignidad y la realización de la persona humana, por ello las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a las personas en forma injustificada, contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece.

La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.

Ahora bien, el acto discriminatorio se lo ha definido como la conducta, actitud o trato que consciente o inconscientemente pretende anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trate como resultado la violación de sus derechos fundamentales. Ese acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumar la violación del derecho a la igualdad"⁵.

E.- EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El debido proceso es una institución importantísima dentro del derecho moderno, ya que contiene las garantías necesarias para el derecho procesal. Se trata de un derecho fundamental reconocido en el derecho Colombiano y en la mayoría de constituciones modernas.

En la Constitución el artículo 29 enuncia la institución del debido proceso que reza dentro de sus líneas lo siguiente:

- El debido proceso se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
- Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.
- El derecho a obtener acceso a la justicia.
- Derecho a la independencia del Juez.
- Derecho a la igualdad entre las partes intervinientes en el proceso.
- Derecho a un Juez imparcial.
- Derecho a un Juez predeterminado por la ley.
- La favorabilidad en la pena.

⁵ H. Corte Constitucional Sentencia T 0590 de 1996

- Derecho a la defensa.
- Derecho a presentar pruebas.

El debido proceso a demás es considerado un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez.

De esta forma, el Debido Proceso es el pilar fundamental del Derecho Procesal y se expresa en la exigencia de unos procedimientos en los que debe respetarse un marco normativo mínimo en pro de la búsqueda de justicia social.

El derecho al debido proceso entraña el servicio del Estado a través de su administración, remitiendo adicionalmente al artículo 229 de la misma Carta Política donde describe que cuando un funcionario omite o extralimita sus poderes dentro de un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales del proceso, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas, que en calidad de administrados.

Es importante que se respete el procedimiento requerido para la aplicación del acto administrativo, permitiendo un equilibrio en las relaciones que se establecen entre la administración y los particulares, en aras de garantizar decisiones de conformidad con el ordenamiento jurídico por parte de la administración.

El debido proceso debe velar por un procedimiento en el que se de continuamente el derecho de defensa y de contradicción de todas aquellas personas que puedan resultar afectadas con la decisión administrativa

De esta forma, el debido proceso en materia administrativa busca en su realización obtener una actuación administrativa justa sin lesionar a determinado particular.

Se busca también un equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho substancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general⁶.

Es así como la reiterada jurisprudencia sobre el tema afirma:

“La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado

⁶ Abelardo Manrique Cuellar. - El Debido Proceso en el Derecho Administrativo.

de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características”⁷

“El derecho al debido proceso es el conjunto de garantías que buscan asegurar a los interesados que han acudido a la administración pública o ante los jueces, una recta y cumplida decisión sobre sus derechos. El incumplimiento de las normas legales que rigen cada proceso administrativo o judicial genera una violación y un desconocimiento del mismo.” (C-339 de 1996).

“El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”⁸

“El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales”⁹.

“El debido proceso constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento para las actuaciones tanto judiciales como administrativas, para la defensa de los derechos de los ciudadanos, razón por la cual deben ser respetadas las formas propias del respectivo proceso. Lo anterior garantiza la transparencia de las actuaciones de las autoridades públicas y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. Por ello los ciudadanos sin distinción alguna, deben gozar del máximo de garantías jurídicas en relación con las actuaciones administrativas y judiciales encaminadas a la observancia del debido proceso.” (T- 078 de 1998).

“La importancia del debido proceso se liga a la búsqueda del orden justo. No es solamente poner en movimiento mecánico las reglas de procedimiento y así lo insinuó Ihering. Con este método se estaría dentro del proceso legal pero lo protegible mediante tutela es más que eso, es el proceso justo, para lo cual hay que respetar los principios procesales de publicidad, inmediatez, libre apreciación de la prueba, y, lo más importante: el derecho mismo.

El debido proceso que se ampara con la tutela está ligado a las normas básicas constitucionales tendientes al orden justo (para ello nada más necesario que el respeto a los derechos fundamentales); ello implica asegurar que los poderes públicos constituidos sujeten sus actos (sentencias, actos administrativos) no solamente a las normas orgánicas constitucionales sino a los valores, principios y derechos y este sería el objeto de la jurisdicción constitucional en tratándose de la tutela”. (T- 280 de 1998).

⁷ H. Corte Constitucional. Sentencia T-460 del 15 de julio de 1992

⁸ H. Corte Constitucional Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001

⁹ H. Corte Constitucional Sentencia T-572 del 26 de octubre de 1992.

F.- EL CASO BAJO ESTUDIO.-

Descendiendo al caso bajo examen, el Juzgado observa que efectivamente la accionante RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA, participó y superó todas y cada una de las pruebas del concurso público de méritos según convocatoria 238 de 2012 realizado por la CNCS, obteniendo como puntaje 53,84 puntos, ubicándose en el puesto 208 de la lista de elegibles, según resolución No, 3425 del 23 de julio de 2015, emanada por la CNCS.

Igualmente se encuentra probado que la accionante tanto en la audiencia pública verificada el día 03 de diciembre del 2015 y 31 de julio del 2017, escogió dentro de las vacantes ofertadas por la entidad territorial accionada de la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC- que administra la CNCS, el centro educativo Inguambi Machare del Municipio de Barbacoas.

Se tiene también que la accionada ha tratado infructuosamente de lograr el aval de reconocimiento cultural por parte del Consejo Comunitario “LA GRAN MINGA”, para lograr ser nombrada en la Institución Educativa Inguambi Machare de Barbacoas.

Ahora Bien, de lo expresado por las entidades accionadas Secretaria de Educación Departamental- Gobernación de Nariño y las vinculadas el Ministerio de Educación y la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNCS, se deduce que si bien los Consejos Comunitarios tienen potestad y autoridad para reconocer o no el aval de reconocimiento cultural para los docentes etnoeducadores que han superado las pruebas requeridas para ello, no puede constituirse este aval en una decisión arbitraria sin antes realizar un proceso que garantice a los aspirantes que la autorización o no de dicho aval, se realizó bajo parámetros objetivos y con el lleno de los requisitos requeridos para tomar la decisión sea esta favorable o no.

Si bien el Consejo Comunitario “La Gran Minga” en su contestación presume de manera enfática la autonomía que tiene en este tipo de decisiones, especialmente en los temas de educación, pues esto compromete su extensión cultural a través de sus hijos, esto no le da facultad para que sobrepase e forma arbitraria los ordenamientos constitucionales y por tanto debe al menos justificar y/o sustentar la decisión tomada en este caso con respecto a la solicitud de la accionante RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA, quien después de someterse y superar todas las etapas y pruebas requeridas, entre ellas las que se exige para fungir como una etnoeducadora, para figurar en la lista de elegibles y así aspirar a ser nombrada en una de las vacantes disponibles para ellos, ahora sea el Consejo Comunitario quien sin proceso regular alguno le quite este derecho y le vulnere la posibilidad de trabajo y de cubrir un mínimo vital que necesita, más aún por ser madre en gestación y de un menor de seis años.

Lo anterior lo sustenta el Ministerio de Educación en la respuesta que allega al Juzgado donde se refiere al aval de reconocimiento cultural así:

“... es que el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, prescrito en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, no puede entenderse como una manifestación absoluta del derecho a la consulta previa de

las comunidades afrodescendientes, que se entienda como un veto y descalificación de todo el proceso adelantado del concurso abierto de méritos, sino que debe entenderse como una parte más de este derecho. Además, por cuanto, este aval no puede estatuirse como el único elemento que determine el mérito para ingresar al empleo público, dado que esto significaría la violación de los derechos del aspirante que está concursando. Así, las cosas, para que el proceso de reconocimiento de este aval no se torne en un proceso arbitrario, que viole derechos de quienes participaron y superaron satisfactoriamente el concurso de méritos, esta Oficina considera que las Comunidades deben dar a conocer previamente a los interesados los criterios de valoración, orientados por lo ordenado en el artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015. En caso de ser necesario se debe permitir la participación de los aspirantes, así mismo, la decisión de tomar el aval el 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 pertenencia del servicio educativo y, sobre todo, busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población afrocolombiana”.

Por otro lado, se aclara al Consejo Comunitario “La Gran Minga”, que no se pretende pasar por encima de sus usos y costumbres, ni emitir ordenamientos que violen su autonomía, pues probado está en el proceso, que según la contestación que da al respecto la CNSC, quien al respecto expresó “ *tal como se expresa en la parte considerativa de los Acuerdos del 2 de octubre de 2012 y del 22 de abril del 2013, por los cuales se convoca a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población Afrocolombiana, Negra, Raizal y Palenquera, se trabajó durante más de dos (2) años en concertación y consulta permanente con la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras, único Órgano Colegiado Asesor del Gobierno Nacional para la formulación y ejecución de la política de etnoeducación para las comunidades negras, la cual fue creada por el artículo 42 de la Ley 70 de 1993 y r4eglamentado por el Decreto 2249 de 1995. Cabe resaltar aquí que para el desarrollo de cada una de las pruebas se incluyó en el componente etnoeducativo afrocolombiano, lo que hace que esta convocatoria por vez primera sea la expresión de una particularidad propia de los etnoeducadores que se espera vincular y se reconoce la pertenencia a las comunidades afrodescendientes, así:*

- *en la Prueba Integral Etnoeducativa se incluye un componente pedagógico en contextos etnoeducativos afrocolombianos y un componente de saberes etnoeducativos de los pueblos. El ICFES contrató profesionales presentados por la Comisión Nacional Pedagógica Nacional, entre ellos a la Coordinadora y Secretaria de la Comisión, para el diseño de estos componentes.*
- *Para la Prueba de Valoración de Antecedentes, se privilegió la formación y experiencia en etnoeducación afrocolombiana, tal como se detalla en la tabla de valoración, dándose un valoración positiva hacia quienes tiene títulos en etnoeducación, hayan laborado como directivos o docentes en instituciones afrocolombianas o en Trabajo Social Comunitario en Proyectos Etnoeducativos con población afrocolombiana, quienes obtendrán puntajes mayores a otro tipo de formación y experiencia”.*
- *adicionalmente se elaboró un protocolo concertadamente con la Comisión Pedagógica Nacional y el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional para la prueba de*

entrevista, privilegiándose el conocimiento que se tenga del proyecto etnoeducativo de la comunidades.

- *participar en la convocatoria. De este modo, quienes se presenten a la convocatoria necesariamente deberán conocer del proyecto etnoeducativo de esta entidad territorial, lo cual se valorará en la entrevista.*
- *Finalmente en el periodo de prueba, se concertó diseñar, de común acuerdo con la Comisión Pedagógica Nacional y el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, el protocolo de evaluación que permitirá la evaluación de representantes de la comunidad educativa en la calificación de los etnoeducadores nombrados en periodo de prueba, como etapa última y final que permite el ingreso o no de éstos a la Carrera Docente”.*

Es evidente entonces que la CNSC, realizó la convocatoria con el lleno de todos y cada uno de los requisitos para respetar la cultura y autonomía de los colectivos indígenas, negros, raizales y palenqueros, y que los aspirantes que superaron estas pruebas y aparecen en la lista de elegibles, reunieron y cumplieron con las exigencias requeridas para ello.

Por lo anterior y con base a la respuesta dada por la Secretaria de Educación y las entidades vinculadas, este Despacho tutelaré en favor de la accionante el derecho fundamental a la igualdad, el debido proceso y al mínimo vital, por lo que ordenaré al Consejo Comunitario “La Gran Minga”, para que adelante un proceso y confirmación de los requisitos por ellos exigidos para expedir el aval requerido por la accionante, la decisión que tome al respecto, deberá estar debidamente justificada y/o sustentada con criterios de objetividad y realidad, decisión que debe ser notificada a la señora RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA, además deberá justificar el aval cultural que otorgará a la señora CARMEN JOHANA QUIJANO, y su nombramiento en periodo de prueba en el Centro Educativo de Machare, mismo que fuera escogido por la accionante.

Igualmente este Despacho mantendrá la medida provisional durante un mes, tiempo en el cual dicha comunidad deberá realizar el proceso adecuado e informe a la accionante en forma justificada y de fondo las razones por las cuales le es otorgado o negado el aval cultural que tanto necesita para acceder a su trabajo. además para que la señora RUBY ESNADITH FLOREZ, demuestre ante ese Consejo que cumple los requisitos para que le sea expedido el aval cultural y así cumpla el requisito para ser nombrada en la entidad educativa que ha escogido.

Por otro lado ordenaré a la Secretaria de Educación para que este pendiente del proceso adelantado por el Consejo Comunitario “La Gran Minga”, para expedir o negar el aval a la señora RUBY SNEDITH FLOREZ RIVADENEIRA, y en caso de que este se niegue sin justificación legal alguna o en forma subjetiva, se proceda en forma inmediata al nombramiento de la accionante en la plaza de su escogencia, por haber cumplido con las etapas y requisitos del concurso.

III. DECISION.

Con fundamento en lo expuesto, el JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PASTO, NARIÑO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE :

PRIMERO.- CONCEDER LA SOLICITUD DE AMPARO, en lo que respecta al derecho fundamental al trabajo, el mínimo vital y el debido proceso administrativo invocados por la ciudadana RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA, de notas civiles conocidas de autos, frente al CONSEJO COMUNITARIO LA GRAN MINGA Y LA SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL.

SEGUNDO.- ORDENAR AL CONSEJO COMUNITARIO LA GRAN MINGA, que dentro el término improrrogable de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir del recibo de la correspondiente notificación, inicie en debida forma un proceso motivado, justificado y objetivo y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la convocatoria 238 del 2012 de la CNSC, proceso que no puede extenderse más de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta decisión encaminado a determinar la procedencia o no de otorgar o conceder o si es del caso negar el aval de reconocimiento cultural a la etnoeducadora RUBY SNEDITH FLOREZ RIVADENEIRA, quien superó todas y cada una de las pruebas del concurso, absteniéndose de negar el respectivo aval con razones subjetivas y/o arbitrarias.

TERCERO.- EXHORTAR a la Secretaria de Educación Departamental de Nariño, representada por el Doctor PEDRO ANDRES RODRIGUEZ MELO, quien funge como Jefe de oficina Jurídica de Nariño, para que a través de su Apoderada, realice el seguimiento al proceso que debe realizar el Consejo Comunitario "la Gran Minga " en pro de expedir o negar el aval de reconocimiento cultural para la accionante FLOREZ RIVADENEIRA y en caso de advertir que la negación resulta arbitraria y subjetiva, proceda en forma inmediata a nombrar en periodo de prueba a la etnoeducadora RUBY ESNADITH FLOREZ RIVADENEIRA en el Centro Educativo Inguambi Machare del Municipio de Barbacoas.

CUARTA.- EXHORTAR a la señora RUBY ESNEDITH FLOREZ RIVADENEIRA para que acuda ante el Consejo Comunitario "La Gran Minga" y realice la solicitud formal de su aval, quedando dispuesta a demostrar que reúne todos los requisitos por ellos exigidos para expedirlo en forma favorable. Adviértasele que este Despacho concedió un término de treinta días hábiles contados a partir de la notificación al Consejo Comunitario "La Gran Minga", para realizar el proceso requerido.

Advertir a la parte accionante que de no solicitar formalmente ante el Consejo Comunitario "La Gran Minga", la expedición de aval de reconocimiento cultural, éste queda exento de lo ordenado por este Despacho y procederá en forma inmediata al levantamiento de la medida provisional, por ello de presentar copia ante este Despacho de la petición elevada al Consejo en mención, en tal sentido.

QUINTO.- MANTENER VIGENTE LA MEDIDA PROVISIONAL decretada por este Despacho en proveído de fecha 16 de agosto de 2017, hasta por un lapso máximo de treinta (30) días hábiles, a partir de la fecha de esta providencia, y /o hasta tanto el Consejo Comunitario "La Gran Minga" cumpla con lo ordenado por este Despacho.

SEXTO.- DESVINCULAR de las presentes diligencias de tutela al Ministerio Nacional de Educación y a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

SEPTIMO.- Esta decisión deberá ser dada a conocer a los interesados que se vincularon a estas diligencias de tutela por parte de la entidad accionada a través de su página web para que ejerzan su derecho de defensa y de impugnación si a bien lo consideran dentro del término de ley

De la labor que se despliegue se informará en forma inmediata a este Despacho Judicial

OCTAVO.- Cópiese y notifiqúese por el medio más ágil y expedito a las entidades accionadas GOBERNACION DE NARIÑO y SECRETARIA DE EDUCACIÓN Y CULTURA DEPARTAMENTAL, de no ser impugnada, remítase el presente asunto a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 31 del Decreto 2591 de 1991). Cúmplase.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN EDUARDO PEREZ SEPULVEDA

Juez

SONIA BETTY BURGOS LOPEZ

Secretaria

	REPUBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL DEL PODER PUBLICO JUZGADO SEGUNDO DE MENORES CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO	
San Juan de Pasto, _____		
<i>En la fecha NOTIFICO PERSONALMENTE la sentencia que antecede al Dr. JUAN CARLOS HURTADO NARVAEZ.</i>		
Se le hace conocer que cuenta con tres (3) días siguientes a la presente notificación para presentar impugnación si a bien lo considera.		
C. C. No. 98.395.349 de Barbacoas		SECRETARIA
NOTIFICADO		