

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 44001-23-40-000-2017-000321-01

**Actor: GERMÁN IPUANA, AUTORIDAD TRADICIONAL DE LA
COMUNIDAD INDÍGENA TOKOMANA**

**Demandado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y
OTROS**

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela

Se pronuncia la Sala sobre la impugnación presentada por el accionante contra la sentencia de 12 de diciembre de 2017, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira accedió parcialmente a la solicitud de amparo de los derechos fundamentales invocados por el actor.

I. ANTECEDENTES

1.1. La Tutela¹

El señor **GERMÁN IPUANA**, autoridad tradicional de la comunidad Tokomana, promovió acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional, Secretaría de Educación Distrital, Administración Temporal de la Educación en el Distrito

¹ Fls. 1-8.

de Riohacha, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, la autonomía, el territorio, el trabajo, el gobierno propio, la consulta previa, la educación y la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena al efectuarse el cierre del aula satélite Tokomana y el no nombramiento de docentes que conformarían la misma.

1.2. Hechos

El tutelante los mencionó, en síntesis, así:

1.2.1. Indicó que es autoridad tradicional Wayúu de la comunidad Tokomana, reconocido y posesionado legal y culturalmente².

1.2.2. Expresó que las entidades demandadas han incumplido lo convenido en el proceso de consulta previa celebrado el 6 de abril de 2017 con las comunidades indígenas del Distrito de Riohacha, para la vinculación oficial de los directivos docentes, sabedores y docentes de establecimientos educativos.

1.2.3. Manifestó que en la consulta previa las autoridades tradicionales relacionadas con el centro etno-educativo No. 17 denominado en lengua wayunaiki “KOUSATCHON” sede Tokomana, avalaron y postularon a los señores “ARELIS MERCEDES ROMERO, LUIS ALFONSO ITURRIAGO, MARTA ISABEL RÚIZ, DEIRA MARÍA RAMÍREZ, ENALMIS ERMELINA FRIAS, ANNY LU BARÓN, LEIDIS JOHANA JARAMILLO, BELKIS COROMOTO MEDINA”, para que hicieran parte de la planta de personal docente. Sin embargo, las personas referidas han cumplido sus funciones durante el año lectivo y no se han materializado sus nombramientos conforme lo pactado en la consulta previa, pese a las diferentes solicitudes que han elevado ante las autoridades competentes.

² Se encuentra en el expediente Acta de Posesión del señor Germán Ipuana como autoridad tradicional de la comunidad Tokomana, expedida por la Directora de Asuntos indígenas del municipio de Riohacha. Visible a folios 10 y 11.

1.2.4. Expuso que la Resolución No. 606 de 2017, por medio de la cual se resolvió la solicitud de legalización del aula satélite de TOKOMANA, en el sentido de negarla, carece de “*verdad absoluta*”, teniendo en cuenta que los argumentos que se expusieron para determinar la no aprobación de la sede TOKOMANA, son inconsistentes y contradictorios.

Explicó que dentro de esa resolución se manifestó que las aulas estaban en buen estado, que contaban con las baterías sanitarias necesarias para las necesidades fisiológicas de los menores, comedor en construcción y que evidenciaron que cuatro docentes se encontraban dictando clase sin tener contrato o nombramiento. Añadió que en el acto administrativo se manifestó que la sede de Tokomana se encuentra en zona urbana del Distrito de Riohacha, afirmación que contradice la certificación expedida por la Secretaría de Planeación Distrital de Riohacha que asegura que la escuela wayúu de Tokomana se encuentra en el sector rural los Trupillos.

1.3. Fundamentos de la solicitud

El actor consideró que pese a las insistentes peticiones elevadas por la comunidad indígena, ante las autoridades administrativas para la educación, no se ha cumplido con lo pactado en la consulta previa consistente en la legalización de la sede educativa Tokomana y del nombramiento de docentes que conformarían la misma, lo cual a su juicio, vulnera los derechos fundamentales enlistados en precedencia.

1.4. Pretensiones

El libelista deprecó las siguientes peticiones:

“SOLICITO RESPETUOSAMENTE SE ORDENE A LA GERENCIA TEMPORAL PARA LA EDUCACIÓN EN RIOHACHA, SECRETARÍA DE RIOHACHA, ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DEL

DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, DAR CUMPLIMIENTO A LOS ACUERDOS DE CONSULTA PREVIA QUE SE SURTIERON PARA NOMBRAR A LOS DOCENTES, DOCENTES DIRECTIVOS Y SABEDORES CULTURALES EN LOS CENTROS ETNOEDUCATIVOS DE RIOHACHA.

SE ORDENE A LA GERENCIA TEMPORAL PARA LA EDUCACIÓN EN RIOHACHA, SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE RIOHACHA, ADMINISTRACIÓN TEMPORAL DEL DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA Y AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, REALIZAR LA LEGALIZACIÓN DE LA SEDE WAYUU TOKOMANA, PERTENECIENTES AL CENTRO ETNOEDUCATIVO N ° 17 HOUSHATCHON, YE(sic) POSTERIOR NOMBRAMIENTO INMEDIATO DE LOS DOCENTES REFERIDOS EN LAS ACTAS DE CONSULTA PREVIA SURTIDAS EL 06 DE ABRIL DEL PRESENTE AÑO (2017).

TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD, AUTONOMÍA, TERRITORIO, TRABAJO, GOBIERNO PROPIO, CONSULTA PREVIA, EDUCACIÓN, NIÑEZ WAYÚU, TRABAJO Y DIVERSIDAD ÉTNICA.

SE ORDENE A LAS SIGUIENTES ENTIDADES DEL ORDEN NACIONAL Y DEPARTAMENTAL REALIZAR EL SEGUIMIENTO AL CUMPLIMIENTO DEL FALLO QUE BUSQUE GARANTIZAR Y PROTEGER MIS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES SEÑALADOS VULNERADOS POR LA GERENCIA TEMPORAL PARA LA EDUCACIÓN EN RIOHACHA, SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE RIOHACHA Y AL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL.

SE ORDENE UAN COMPULSA DE COPIAS A LA PROCURADURIA PARA QUE SE INVESTIGUEN LAS CONDUCTAS DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS INVOLUCRADOS EN EL INCUMPLIMIENTO DE LAS ACTAS DE PROCESO DE CONSULTA PREVIA QUE TIENEN COMO FIN PRINCIPAL EL DE LA VICULACION DE LOS DOCENTES DE LA SEDE TOKOMANA.”

1.5. Trámite en primera instancia

El Tribunal Administrativo de La Guajira, en auto del 29 de noviembre de 2017³, admitió la tutela; dispuso su notificación a las entidades accionadas para que rindieran informe detallado sobre los hechos y las pretensiones expuestos en el escrito de tutela.

1.6. Contestaciones

1.6.1. El Ministerio de Educación Nacional planteó la falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que, conforme lo dispone el documento CONPES 3883 de 21 de febrero de 2017, la cartera ministerial asumiría como administradora del servicio educativo en el Departamento de La Guajira, concretamente en los municipios de Maicao, Uribia y el Distrito de Riohacha, a través de una administradora temporal del servicio de educación, ente que asume obligaciones específicas y actúa directamente, resaltando entre esas facultades asignadas las relativas a la ordenación del gasto, la nominación y la administración de la planta de personal del sector educativo .

1.6.2. El Distrito de Riohacha⁴ indicó en su informe que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el documento CONPES 3833, la Resolución 0489 del 21 de febrero de 2016 emanada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Resolución 02456 del 22 de febrero de 2016, despojaron al Distrito de Riohacha y a su secretaría de educación de la competencia para administrar el servicio educativo. En tal sentido, cualquier acto o contrato que dicte el ente territorial estarían viciados de nulidad.

1.6.3. La Administración Temporal del Sector Educativo en el Departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los municipios de Maicao y Uribia, indicó que la acción constitucional debe ser desestimada ya que no existe la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Expresó que el nombramiento de los docentes quedó supeditado a un estudio técnico que debía realizarse en el centro etnoeducativo N° 17 con el fin de determinar la necesidad de los mismos, y que procedió a

³ Folio 175.

⁴ Folios 181 a 183.

realizar auditorías en todas las sedes de los centros etnoeducativos con el propósito de esclarecer la legalidad de las mismas y la necesidad de aumentar la planta, conclusión que no fue objetada por las autoridades tradicionales.

Sobre la sede Tokomana, sostuvo que no estaba legalmente constituida pues no contaba con el acto administrativo de aprobación y carece de código “DANE”. Asimismo, indicó que una vez realizada la auditoría al aula satélite por parte del Comité de Cobertura de la Gerencia en educación del Distrito de Riohacha, pudo constatar que los estudiantes no estaban recibiendo el servicio de educación en condiciones dignas, no se garantizaban sus derechos constitucionales, las aulas se ubicaban en la zona urbana cuando ellas están instituidas para las zonas rurales; además, se encuentran cerca a la sede "creces", perteneciente a la institución educativa Denzil, la que cuenta con cupos necesarios para garantizar la educación de los niños pertenecientes a Tokomana.

Manifestó que no existe vulneración del derecho a la consulta previa por no haberse concretado la legalización de las aulas satélites, teniendo en cuenta que esta solo fue convocada exclusivamente para realizar los nombramientos en las distintas comunidades.

Por último, planteó que la acción de tutela es improcedente pues el accionante está controvirtiendo un acto administrativo, la Resolución 606 de 2007, lo cual le impone ejercer el mecanismo legal y ordinario instituido por el legislador para atacar el mismo.

1.6.4. El Ministerio Público⁵ no presentó concepto dentro del presente trámite constitucional.

1.7. Decisión de primera instancia

⁵ En el mismo auto admisorio de la demanda de tutela se dispuso “Notifíquese la presente decisión al Procurador Administrativo delegado ante esta Corporación...” (...).

El Tribunal Administrativo de La Guajira, en sentencia del 12 de diciembre de 2017⁶ resolvió:

“PRIMERO. - Amparar los derechos fundamentales a la educación y consulta previa de la comunidad indígena de Tokomana, jurisdicción del Distrito de Riohacha, en los términos descritos en las consideraciones precedentes.

SEGUNDO. - En consecuencia, ordénese a la Administradora Temporal del Servicio Educativo en el Distrito de Riohacha que surta un proceso de consulta previa sobre la medida administrativa tendiente a la eliminación de la sede satélite Tokomana, jurisdicción del distrito de Riohacha, el cual deberá orientarse en las consideraciones esgrimidas por la Corporación y la garantía del derecho a la educación de la población infantil afectada. Deberá examinarse la medida pública de mayor conveniencia y menor impacto para los estudiantes, que deberá estar sustentada en criterios razonables.

(...)

TERCERO. - Niéguese las demás pretensiones de la demanda.”

(...)

Para llegar a esas determinaciones el Tribunal Administrativo de La Guajira abordó principalmente los siguientes puntos: i) la falta de nombramiento de los docentes y directivos del Centro Etnoeducativo Indígena No. 17 del Distrito de Riohacha, y ii) la eliminación de la sede satélite que funcionaba en la comunidad indígena de Tokomana.

Respecto del primero indicó que la vinculación oficial de directivos y docentes de los establecimientos educativos ubicados en territorio indígena Wayúu fue objeto de consulta previa a las distintas comunidades que comprenden los centros educativos en funcionamiento, y que allí se formularon los respectivos acuerdos y se concertó el listado de docentes a ser nombrados.

⁶ Folios 230 a 246.

Sin embargo, puso de presente que de las piezas probatorias⁷ aportadas al proceso se observó que en el centro etnoeducativo Indígena No. 17 del Distrito de Riohacha, el nombramiento de los señores ARELIS MERCEDES ROMERO, LUIS ALFONSO ITURRIAGO, MARTA ISABEL RÚIZ, DEIRA MARÍA RAMÍREZ, ENALMIS ERMELINA FRÍAS, ANNY LU BARÓN, LEIDIS JOHANA JARAMILLO, BELKIN COROMOTO MEDINA *“quedó supeditado al resultado del estudio técnico que se haría al establecimiento educativo en el cual se determinaría por parte del auditor la necesidad del aumento de la planta docente.”*

Indicó que luego de realizarse la auditoría, las entidades demandadas concluyeron que no debía aumentarse la planta de personal docente y, por el contrario, determinaron el cierre del aula satélite.

En ese orden resaltó que no puede concluirse que existió un incumplimiento de los acuerdos por no nombrarse a los mencionados docentes, pues bajo esas conclusiones el Tribunal consideró que no existió violación al derecho fundamental a la consulta previa.

Respecto del segundo cuestionamiento, relacionado a la desaparición de la sede educativa satélite en la comunidad Tokomana, el Tribunal señaló que tal como fue aseverado por los accionantes y aceptado pacíficamente por la Administradora Temporal del sector educativo en el Distrito de Riohacha, al interior de la comunidad indígena Tokomana funcionó una sede satélite, la que fue desarticulada a través de la Resolución 606 de 2017, por no cumplir con los requisitos mínimos para su funcionamiento, según auditoría practicada por el Comité de Cobertura de la entidad.

Resaltó que la entidad accionada también admitió sin mayores reparos que la eliminación de la sede satélite se hizo mediante el referido acto administrativo, previa auditoría realizada por el

⁷ Actas de consulta previa visibles a folios 12 a 64.

Comité de Cobertura, sin que tal medida hubiere contado con un proceso de consulta previa en el que obtuviera de la comunidad afectada su consentimiento libre e informado.

El Tribunal sostuvo en ese punto que para la anulación de la sede educativa satélite Tokomana debió estructurarse una consulta previa teniendo en cuenta que se trataba de una medida pública con directa y trascendente incidencia en las condiciones sociales, económicas y culturales de la comunidad indígena, en tal orden, debía precederse de la socialización de tales alcances y obtener así el consentimiento de la colectividad, antes de su materialización.

Resaltó que como el servicio educativo está siendo administrado por una Gerencia Temporal, es esta quien debe asumir tal competencia, pues la Administradora Temporal de la Educación en el Distrito de Riohacha deshabilitó la sede satélite Tokomana omitiendo el deber de consulta a la comunidad afectada y propiciando el traslado abrupto de los estudiantes hacia otra sede y la posible deserción escolar de dicha población.

Precisó que aun cuando la fusión o eliminación de las sedes etnoeducativas atienda a criterios de razonabilidad y eficacia del servicio, esto no exime a las autoridades competentes de surtir las concertaciones pertinentes.

1.8. La Impugnación

El accionante GERMÁN IPUANA presentó escrito de impugnación⁸, bajo los siguientes argumentos:

Señaló el concepto de consulta previa abordado por la Corte Constitucional en la sentencia T-002 de 2017, para lo cual transcribió lo siguiente:

⁸ Folios 254 a 258.

“Los acuerdos de consulta previa son herramientas obligatorias que permiten la satisfacción y el goce efectivo del derecho a la consulta previa, así como de los demás derechos fundamentales involucrados en el proceso consultivo. En tal virtud, los ACP constituyen parte del derecho fundamental a la consulta previa y guardan una estrecha relación con el derecho constitucional. Como interpretación del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política de 1991, para la Sala Octava de Revisión el Acuerdo de Consulta Previa es vinculante en el ordenamiento jurídico interno colombiano por cuanto las partes se obligan voluntariamente a aquel como única forma de garantizar la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades étnicas minoritarias, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones. A contrario sensu, el incumplimiento del ACP conllevaría a la ineficacia y voluntariedad de la consulta previa, sumado a la afectación de otros derechos fundamentales relacionados intrínsecamente con el proceso consultivo, los cuales, por regla general, constituyen la base de las afectaciones como grupo humano.”

Acto seguido indicó *“que en el caso en concreto el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, LA GERENCIA TEMPORAL PARA LA EDUCACION EN RIOHACHA Y LA SECRETARIA DE EDUCACION DE RIOHACHA. Si (sic) vulneraron nuestros derechos fundamentales como IGUALDAD, AUTONOMÍA, CONSULTA PREVIA, EDUCACION, NIÑEZ WAYÚU, TERRITORIO, TRABAJO, GOBIERNO PROPIO Y DIVERSIDAD ÉTNICA puesto que en acta de ratificación surtida el día 06 de abril de 2017, se protocolizó dar cumplimiento a los acuerdos de consulta previa donde se deja en claro que los siguientes docentes **FREDI MIGUEL QUINTERO, KELLY LILIANA ILIDGE PIMIENTA, SANDRA BONIVENTO URIANA, MIRIAN IBARRA URIENA, ARELIS MERCEDES ROMERO, LUIS ALFONSO ITURRIAGO, MARTA ISABEL RUIZ, DEIRA MARIA RAMIREZ ENALMIS ERMELINA FRIAS, ANNY LU BARON, LEIDIS JOHANA JARAMILLO, BELKIN COROMORO MEDINA JACINTO RAFAEL BARLIZ** fueron avalados para ser nombrados como docentes dentro de la sede Etnoeducativa de Tokomana”.* (Negrilla por la Sala).

Concluyó en su escrito de impugnación con la solicitud de *“un concepto cultural de la Doctora, BELKIS IZQUIERDO, Magistrada*

Auxiliar de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, como apoyo para tomar la decisión de fondo en el presente caso, ya que la Doctora Izquierdo, posee suficientes conocimientos sobre estos derechos adquiridos a través de lucha y esfuerzo por las comunidades indígenas del país. (...)”

1.9. Tramite en segunda instancia

Previo a decidir la impugnación este Despacho, mediante auto de 16 de marzo de 2018⁹, ordenó la vinculación y comunicación de terceros con interés y **negó la solicitud de prueba**¹⁰. Lo primero, con el fin de sanear la posible nulidad de los que teniendo interés legítimo en el resultado de la presente acción constitucional, no fueron vinculados al presente trámite tutelar, de conformidad con el auto No. 317 del 17 de julio de 2016 de la Corte Constitucional.

En el auto mencionado se ordenó lo siguiente:

Notificar al Ministerio del Interior-Dirección de consulta previa, la Gerente Educativa del Centro Etnoeducativo N°. 17, la Personería Municipal de Riohacha, la Defensoría del Pueblo de Riohacha y el señor Jorge Ipuana Epiayu. Así mismo, se dispuso comunicar a la Gobernación de La Guajira, la Dirección de Asuntos Indígenas del municipio de Riohacha y a los señores Arelis Mercedes Romero, Luis Alfonso Iturriago, Marta Isabel Ruíz, Deira María Ramírez, Enalmis Ermelina Frías, Anny Lu Barón, Leidis Johana Jaramillo, Belki Coromoto Medina.

Surtidas las comunicaciones del caso intervinieron:

1.9.1. Director de consulta previa del Ministerio del Interior

⁹ Folios 271-272.

¹⁰ El actor en el escrito de impugnación solicitó “un concepto cultural de la Doctora, BELKIS IZQUIERDO, Magistrada Auxiliar de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura...”, donde el Despacho ponente de la decisión se segunda instancia negó el medio de convicción solicitado por la parte actora al no resultar útil, ni necesario.

Manifestó que de acuerdo con los hechos narrados por el accionante no se vislumbra por parte del Ministerio del Interior acción u omisión que vulnere o afecte los derechos fundamentales alegados, pues lo que el accionante solicitó es que se tutelen sus garantías a efectos de que se ordene a la Gerencia Temporal para la Educación, la Secretaría de Educación y la Administradora Temporal del Servicio Educativo del Distrito de Riohacha, dar cumplimiento a los acuerdos de consulta previa protocolizados y se proceda a nombrar a los docentes directivos y sabedores culturales en los centros etnoeducativos de Riohacha y se realice la legalización de la sede wayuu TOKOMANA.

Resaltó que no se justifica la vinculación de esta Dirección a la presente acción constitucional.

1.9.2. Señores Arelis Mercedes Romero, Luis Alfonso Iturriago, Marta Isabel Ruíz, Deira María Ramírez, Enalmis Ermelina Frías, Anny Lu Barón, Leidis Johana Jaramillo, Belki Coromoto Medina

Manifestaron que al no aprobar el aula satélite Tokomana se están vulnerando sus derechos fundamentales, puesto que no se han efectuado los nombramientos en la planta de personal docente tal como se concertó.

1.9.3. La Dirección de Asuntos Indígenas del municipio de Riohacha

Indicó que es una dependencia transversal a cada una de las oficinas institucionales de la administración, en función a lo relacionado con comunidades indígenas asentadas en el Distrito de Riohacha. Explicó que tiene restringida la funcionabilidad de su dependencia solo a un acompañamiento, y que así se

surtieron las visitas técnicas realizadas por esa dependencia, entre ellas, al aula satélite de Tokomana. Refirió que por no cumplir con los requisitos de infraestructura se dio el cierre de la misma.

1.9.4. La Directora del Centro Etnoeducativo N°. 17

Sostuvo que los señores Arelis Mercedes Romero, Luis Alfonso Iturriago, Marta Isabel Ruíz, Deira María Ramírez, Enalmis Ermelina Frías, Anny Lu Barón, Leidis Johana Jaramillo y Belki Coromoto Medina, han ejercido sus funciones como docentes en la sede Tokomana, y que a la fecha no han sido nombrados tal como se pactó en la consulta previa del 6 de abril de 2017, ni tampoco se ha legalizado la sede en mención.

1.9.5. El señor Jorge Ipuana Epiayu

Señaló que como autoridad tradicional para la época de los hechos, era el encargado del centro etnoeducativo No. 17. Sostuvo que la consulta previa se realizó con el fin de mejorar la calidad educativa de las comunidades indígenas, pero que de acuerdo a lo concertado no se nombraron los docentes postulados por las autoridades indígenas.

1.9.6. Defensoría del Pueblo

Rindió informe de la gestión y seguimiento al cumplimiento de la sentencia del 12 de diciembre de 2017 respecto de las órdenes impartidas por el Tribunal Administrativo de La Guajira y no respecto del auto emitido por este Despacho que ordenó la vinculación y comunicación de terceros con interés.

La Personería Municipal de Riohacha y la Gobernación de La Guajira, a pesar que fueron debidamente notificados, guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta, de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991, por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015¹¹ y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si revoca, confirma o modifica la decisión constitucional de primera instancia, para lo cual debe establecer si existe violación de los derechos fundamentales invocados por el impugnante por cuanto las entidades accionadas habrían incumplido los acuerdos establecidos mediante consulta previa.

2.3. Panorama general de la tutela

Conforme lo preceptúa el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

¹¹ Modificado por el art. 1 del Decreto Nacional 1983 de 2017.

Su procedencia se encuentra supeditada a la carencia de medios de defensa judicial ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes.

En ese orden de ideas, resulta palmario que el mecanismo de amparo demanda la concurrencia de determinados presupuestos procesales que le son inherentes, como son la subsidiariedad, la inmediatez y, si es del caso, la inminencia de un perjuicio irremediable, sin los cuales no le es dable al juez constitucional inmiscuirse en determinada controversia y, mucho menos, acometer las diferentes subreglas dispuestas por la jurisprudencia en torno a asuntos como el *sub examine*.

Lo anterior tiene como objetivo salvaguardar la tutela de un uso inadecuado, que podría desnaturalizar su valor preeminente y especial dentro del ordenamiento jurídico y, de contera, atentar contra el fin superior que el Constituyente le confirió.

2.4. Caso Concreto

Como se indicó en precedencia, el carácter subsidiario de la tutela impone al interesado la obligación de acudir a los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales,

Sobre esta base, la Sala advierte que si bien la Gerencia de Temporal del Servicio Educativo del Distrito de Riohacha planteó que la presente acción constitucional es improcedente al ser cuestionado por el actor un acto administrativo-Resolución 606 de 2007- lo cual le impone acudir al mecanismo legal y ordinario instituido por el legislador para controvertir el mismo, ello no limita

al juez de evaluar las condiciones socio-culturales de los sujetos procesales.

En ese orden de cosas, y consultado el espíritu del escrito de alzada, la Sala encuentra que lo pretendido por el actor es usar la acción de tutela como un remedio principal a las inconformidades que bien pueden ser tratadas en escenarios distintos al de este mecanismo preferente y sumario; lo cierto es que la presente tutela es el medio eficaz y judicial y procedente para la defensa de los derechos fundamentales involucrados en el asunto bajo estudio, pese a la existencia de otros mecanismos idóneos, pues la Corte Constitucional¹² ha resaltado el doble carácter de sujetos de especial protección de la población infantil indígena, esto es, **menores de edad y miembros de comunidades étnicas.**

“...A los miembros de las comunidades indígenas les asisten no solo todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, sino que adicionalmente son adjudicatarios de derechos específicos con enfoque diferencial. (...) De manera general, les asiste por tanto el derecho fundamental a la educación, el cual se encuentra consagrado y desarrollado por el artículo 67 Superior. La jurisprudencia constitucional ha desarrollado ampliamente el contenido y alcance normativo del derecho fundamental a la educación, indicando que se trata de un derecho que atañe a la naturaleza esencial del ser humano, que es desarrollo de las características fundamentales del sujeto moral y jurídico, esto es, de los conceptos de dignidad, libertad e igualdad que de él se predicen.

La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido la consulta previa como un derecho fundamental de las comunidades y grupos étnicos, en cuanto es necesaria y obligatoria para la implementación y desarrollo de un sistema especial de educación para estos grupos y comunidades, de tal forma que debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.”

¹² Sentencia T-049 de 2013 de 5 de febrero de 2013. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

Esta misma Sección¹³ al respecto ha señalado lo siguiente:

“De esta forma, en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, siendo el amparo que se otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las consecuencias jurídicas que ello traería.”

Realizadas las anteriores precisiones la Sala abordará el caso bajo estudio.

Del el escrito de impugnación el tutelante adicionó el nombre de otros *docentes* que a su juicio debían ser nombrados, sin embargo se advierte, que desde el escrito introductorio no se hace referencia a los siguientes nombres **FREDI MIGUEL QUINTERO, KELLY LILIANA ILIDGE PIMIENTA, SANDRA BONIVENTO URIANA, MIRIAN IBARRA URIENA y JACINTO RAFAEL BARLIZ**, razón por la cual resulta imperioso para esta Sala desestimarlos para el caso bajo estudio.

Frente a la conminación efectuada en los numerales primero y segundo de la parte resolutive de la decisión constitucional de primera instancia, *“PRIMERO. Amparar los derechos fundamentales a la educación y consulta previa de la comunidad indígena de Tokomana, jurisdicción del Distrito de Riohacha...SEGUNDO. En consecuencia ordénese a la Administradora Temporal del Servicio Educativo en el Distrito de Riohacha que surta un proceso de consulta previa sobre la medida administrativa tendiente a la eliminación de la sede satélite Tokomana, jurisdicción del Distrito de Riohacha, el cual deberá orientarse en las consideraciones esgrimidas por la*

¹³ Acción de tutela. Radicado No. 25000-23-41-000-2015-00873-01 de 4 de agosto de 2016. Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate.

corporación y la garantía al derecho de la educación de la población infantil afectada. Deberá examinarse la medida pública de mayor conveniencia y menor impacto para los estudiantes, que deberá estar sustentada en criterios razonables”

En el asunto bajo examen, y para no redundar en aspectos reseñados en el acápite de antecedentes, la Sala empieza por decir que revisado el contenido de la impugnación, no se advierte que el memorialista haya esbozado argumento alguno para controvertir las razones presentadas por el *a quo* de la tutela. Más bien eleva reparos sobre la supuesta falta de nombramiento en la planta de personal docente, cargo en el que el Tribunal concluyó que no existió violación al derecho fundamental a la consulta previa, sin embargo Sala pone de presente que el estudio de la impugnación versará también sobre los dos cuestionamientos planteados en el escrito de tutela.

Por lo anterior y dado que se trata de una discusión atinente a derechos fundamentales de comunidades indígenas que por mandato constitucional deben ser tenidos en cuenta como sujetos de especial protección, la Sala hará la siguiente consideración.

Retomando los argumentos del escrito introductorio y una vez precisado la inconformidad del actor, consistente en el cierre de la sede educativa Tokomana y como consecuencia de ello, el no nombramiento de los docentes que conformarían la misma sede. La Sala abordará el estudio como sigue:

El cierre de la sede etno-educativa Tokomana se efectuó mediante Resolución 606 de 2017¹⁴ emitida por el Ministerio de Educación Nacional Administración Temporal para el Sector Educativo del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, donde se indicó que el funcionamiento de la referida sede educativa se encuentra ubicada en la zona urbana y que no cumple con los requisitos necesarios para garantizar un digno servicio educativo a los menores que pertenecen a la comunidad indígena.

¹⁴ “por medio de la cual se resuelve solicitud de legalización del aula satélite Tokomana”

Esta Sala advierte que del contexto general de la Resolución 606 de 2007 si bien se anotó que la sede educativa no cumplía con los requisitos necesarios para atender de manera eficaz el servicio de educación a los menores indígenas, no se encuentran argumentos suficientes para comprobar que dichas instalaciones no cumplían los requisitos necesarios para su funcionamiento, pues revisado el material probatoria allegado a esta acción constitucional, no se advierten elementos suficientes para comprobar que efectivamente eran precarias las instalaciones, pues solo se indicó en la Resolución “ *i) que los estudiantes no se encuentran recibiendo el servicio de educación en condiciones dignas, ii) no se garantizan sus derechos constitucionales lo cual no permite una mejor formación moral, intelectual y física a los educandos, iii) que el aula se encuentra ubicada en la zona urbana...iv) que cerca de la ubicación donde se presta el servicio de educación por parte del aula Tokomana, se encuentra la sede Creces perteneciente a la institución educativa Denzil, la cual cuenta con los cupos necesarios para atender a los niños y garantizar su derecho fundamental a la educación de una manera digna*”

Lo cierto es que para fundamentar lo anterior solo se allegó certificación emitida por el Distrito de Riohacha donde señaló que la sede de Tokomana se encuentra ubicada en la zona rural de los Trupillos¹⁵.

Sobre lo anterior señalado, tampoco existió un escenario donde las autoridades de educación concertaran con la comunidad indígena de las acciones tendientes al cierre de la sede, omitiendo poner en conocimiento de los afectados sobre la solución planteada, pues es deber ellas realizar la consulta previa para informar las acciones administrativas a efectuar, más aun cuando con ellas se afecta a la comunidad indígena estudiantil.

Es así como la Corte Constitucional¹⁶ al respecto ha señalado lo siguiente:

“De la necesidad de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales reconocidos a las comunidades indígenas y, en especial, el territorio como elemento fundamental para garantizar la

¹⁵ Folio 65.

¹⁶ Sentencia T-730 de 2016.

*supervivencia de estos pueblos, se deriva el derecho que tienen estas comunidades a ser consultadas, de manera previa, **sobre todo proyecto** que se vaya a llevar a cabo en las tierras donde habitan o cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar directamente a la comunidad.”*

Resulta entonces, que el Ministerio de Educación Nacional Administración Temporal para el Sector Educativo del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha mediante Resolución 606 de 2007 resolvió no aprobar la solicitud de legalización del aula satélite denominada Tokomana al encontrar, a su juicio, inconsistencias en las diferentes visitas realizadas al centro educativo, lo cierto es que como se mencionó en líneas precedentes tales hallazgos no se encuentran probados en este proceso.

En el caso bajo estudio la Administradora Temporal de la Educación en el Distrito de Riohacha deshabilitó la sede de Tokomana sin consultar a la comunidad afectada, pues Resalta la Sala que en tratándose de un proceso de consulta previa, las autoridades administrativas, en este caso de educación, deben poner a disposición la participación y el acceso a la información sobre todo programa o plan que se pretenda realizar en la comunidad, de tal manera le sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o actuación administrativa a efectuar, con el objeto de que la participación sea activa, para que las decisiones sean adoptadas previa concertación y acuerdo.

Por lo anterior resulta imperioso para esta Sala **modificar** la medida tutelar que dispuso el Tribunal Administrativo de la Guajira en la primera instancia constitucional donde se ordenó realice la consulta previa sobre la medida administrativa respecto de la eliminación de la sede satélite Tokomana.

Para en su lugar, la Administradora Temporal del Servicio Educativo en el Distrito de Riohacha surtirá un proceso de consulta previa, donde se deberá exponer a la comunidad indígena todos los argumentos tendientes a efectos de la legalización de la aula satélite Tokomana, donde la comunidad indígena afectada y el señor Germán Ipuana como autoridad

tradicional de la comunidad Tokomana podrán manifestar todos sus argumentos de inconformidad respecto de la medida administrativa, donde se verificarán que los argumentos expuestos por parte del Administradora Temporal que determinaron la no legalización de la sede son ciertos y/o contradictorios, asimismo, una vez se decida sobre la legalización del aula referida se podrá decidir sobre el nombramiento de los docentes y directivos, todo ello se hace con la finalidad de solucionar la problemática en garantía de los derechos fundamentales que le asisten a la comunidad indígena.

Ahora, para resolver el cuestionamiento del actor respecto la vinculación de los docentes, se tiene que el posible nombramiento fue objeto de consulta previa a las comunidades indígenas que conforman los centros educativos en funcionamiento, donde se concertó el listado de docentes que conformarían la planta de personal etnoeducador, tal como quedó en el acta de 6 de abril de 2017¹⁷.

El Tribunal manifestó que a partir del material probatorio¹⁸ se comprueba que el nombramiento de los docentes quedó supeditado al resultado del estudio técnico que se haría al establecimiento educativo, en el cual se determinaría por parte del auditor la necesidad del aumento de la planta docente. No obstante, este concluyó que no debía incrementarse y determinó el cierre del aula satélite.

Esta Sala evidenció que la consulta previa, en relación con el nombramiento de los docentes realizada el 6 de abril de 2017 estuvo conformada por varias etapas: *pre-consulta, apertura, análisis e identificación de impactos y formulación de medidas de manejo, formulación de acuerdos, protocolización, seguimiento de acuerdos*, donde en cada una de ellas intervinieron las autoridades indígenas para tal fin.

Del acta correspondiente se evidenció¹⁹ que sobre el listado de docentes referido en la demanda de tutela se concertó lo siguiente: “ **LOS ANTERIORES DOCENTES SON**

¹⁷ Acta de consulta previa visible a folios 12 a 63.

¹⁸ Consulta previa de 6 de abril de 2017, estudio técnico acta No. 002 de 15 de agosto de 2017

¹⁹ Acta de consulta previa etapa de seguimiento. Visible a folio 21.

PRESENTADOS PARA QUE SE CONSIDERE SU NOMBRAMIENTO EN EL CASO DE QUE EL ESTUDIO TECNICO QUE DEBE REALIZARSE EN EL CENTRO EDUCATIVO No. 17, HAGA NECESARIO DICHO NOMBRAMIENTO” (Negrillas de la Sala)

El anterior condicionamiento fue conocido por las autoridades indígenas, pues en el acta de reunión de consulta previa realizado en la Secretaría de Educación Distrital de Riohacha se evidenció la firma por parte de la Autoridad Tradicional de “*KOUSACHON*”²⁰

Así las cosas, el nombramiento de los docentes quedó expresamente condicionado a que el estudio técnico estableciera la necesidad de nombrar más profesores en el lugar. Entonces los docentes señalados, así como el actor, no tenían en sí mismo el derecho consolidado o adquirido para hacer parte de la planta de personal como etnoeducadores de la comunidad indígena de Riohacha. Por tanto, para la Sección es evidente que las entidades demandadas han dado cumplimiento a los convenios celebrados por la comunidad indígena, sin pasar por alto la importancia del derecho a la consulta previa, debe advertirse que los derechos de los niños indígenas tienen prevalencia y se les debe garantizar en todo momento el acceso a un servicio en condiciones dignas y óptimas.

Las decisiones concertadas, consistentes en los posibles nombramientos, quedaron sometidas al estudio técnico que realizó la Secretaría de Educación del Distrito de Riohacha, junto con la Administradora Temporal del Servicio Educativo del Departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los municipios de Maicao y Uribia, donde señalaron “...*esta administración temporal decidió iniciar un trabajo ambicioso y arduo, pero bastante productivo y beneficioso para el sector educativo; como fue visitar a cada una de estas aulas, estableciendo unos criterios básicos que facilitarían el proceso y garantizarían unas condiciones mínimas y dignas a los estudiantes, para luego tomar la decisión de legalizarlas u ordenar*

²⁰ Acta de reunión de consulta previa-Lectura y aprobación visible a folio 22.

*el cierre definitivo de aulas que venían funcionando de manera ilegal como era el caso de Tokomana*²¹

Así las cosas, el aula satélite de Tokomana no era una sede constituida o convenida, lo que permite a la Sala concluir que el nombramiento de los docentes no era obligatoria. No hay que pasar por alto que su funcionamiento venía siendo defectuoso, pues se evidenció en el estudio técnico que la sede no contaba con acto administrativo de aprobación, motivo por el cual no se podían realizar los nombramientos, y tampoco contaba con el código DANE²².

La Sala resalta que con la decisión de no nombrar a los docentes en la comunidad indígena de Riohacha no quedó en riesgo el acceso a la educación de la población infantil indígena, puesto que en la Resolución 606 de 2007 se argumentó lo siguiente, sin que ello fuera objeto de cuestionamiento por parte del demandante:

“De igual manera con fecha 29 de agosto de 2017 fue realizado comité directivo, en el cual se debatió la legalización del aula satélite TOKOMANA, frente al cual se decidió no aprobar la misma y proceder a reubicar a los niños en la institución educativa más cercana, en este caso Denzil Escolar y que los niños Wayúu que pertenecían a ésta, se reubiquen en el centro etnoeducativo más cercano.

(...) se pudo demostrar: (i) que los estudiantes no se encuentran recibiendo el servicio de educación en condiciones dignas, (ii) no se garantizan sus derechos constitucionales, lo cual no permite una mejor formación moral, intelectual y física a los educandos, (iii) que el aula se encuentra ubicada en la zona urbana, situación que no es procedente, debido a que estas aulas solo deben ser instaladas en la zona rural, (iv) que cerca a la ubicación donde se presta el servicio de educación por parte del aula Tokomana, se encuentra la sede Creces perteneciente a la Institución Educativa Denzil, la cual cuenta con los cupos necesarios para atender a los niños y garantizar su derecho fundamental a la educación de una manera digna.”

²¹ Informe de la Administradora Temporal del Servicio Educativo del Departamento de La Guajira, el Distrito de Riohacha y los municipios de Maicao y Uribia. Visible a folios 221 a 225.

²² El Departamento Administrativo Nacional de Estadística previa solicitud emite Código para identificación de sedes educativas.

Lo anterior expuesto, se modificará la sentencia de 12 de diciembre de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo del fallo de 12 de diciembre de 2017, dictado por el Tribunal Administrativo de la Guajira,

donde dispuso se realice la consulta previa sobre la medida administrativa respecto de la eliminación de la sede satélite Tokomana para, en su lugar, **ORDENAR** a la Administradora Temporal del Servicio Educativo en el Distrito de Riohacha surtirá un trámite de consulta previa, donde se deberá exponer a la comunidad indígena todos los argumentos tendientes a efectos de resolver sobre la solicitud de legalización de la aula satélite Tokomana, en el marco del cual, la comunidad indígena afectada y el señor Germán Ipuana como autoridad tradicional de la comunidad Tokomana podrán manifestar todos sus argumentos de inconformidad respecto de la medida administrativa. Una vez se decida sobre la legalización del aula referida se podrá resolver sobre el nombramiento de los docentes y directivos, todo ello se hace con la finalidad de solucionar la problemática en garantía de los derechos fundamentales que le asisten a la comunidad indígena.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero