



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD
Radicado: 11001-03-25-000-2019-00210 00 (1356-2019)
Demandantes: SINDICATO UNIDO DE MAESTROS ETNOEDUCADORES DE LA COSTA DEL PACÍFICO NARIÑENSE Y OTRO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Temas: Carrera docente. Concurso de méritos para etnoeducadores, afrocolombianos y raizales. Solicitud de nulidad del Decreto 3323 de 2005, expedido por el Gobierno Nacional, «Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones».

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

O-019-2021

1. ASUNTO

La Sala de Subsección dicta la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso judicial de la referencia, tramitado en virtud del medio de control de nulidad de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA.

2. DEMANDA¹

El Sindicato Unido de Maestros Etnoeducadores de la Costa del Pacífico Nariñense, SEUPAC, y la Organización Palenque Afro Urbano de Tumaco presentaron demanda en contra del Ministerio de Educación Nacional. Aunque en ella manifestaron ejercer el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, el consejero ponente, mediante auto del 26 de junio de 2019² dispuso adecuar el trámite de la demanda al del medio de control de nulidad simple consagrado en el artículo 137 del CPACA.

¹ Folios 1 a 23 del expediente físico.

² Folio 48 del expediente físico.



- **Pretensión:** Que se declare la nulidad del Decreto 3323 de 2005, expedido por el Gobierno Nacional, «Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones».

- **Normas violadas y concepto de violación:** Se alega la vulneración de las siguientes normas y sentencias:
 - Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante la Ley 21 de 1991³.
 - Constitución Política de 1991, artículos 4, 7, 13, 68, 70, 72, 93 y 125.
 - Ley 70 de 1993, artículo 1.
 - Ley 115 de 1994, artículo 62.
 - Decreto 804 de 1995, artículo 11.
 - Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016, proferidas por la Corte Constitucional. Además, las siguientes dictadas por dicha Corporación en sede de tutela: T-907 de 2011; T-514 de 2012; T-801 de 2012; T-049 de 2013; T-390 de 2013; T-871 de 2013; T-355 de 2014⁴; T-801 de 2012; T-871 de 2013⁵; T-823 de 2012; T-461 de 2014 y T-576 de 2014⁶.

De conformidad con lo anterior, la parte demandante adujo que el acto acusado está viciado de nulidad por la infracción de las normas en que debía fundarse, específicamente por las razones que se sintetizan como sigue a continuación:

De la redacción del artículo 125 Superior es factible concluir que el ingreso a la carrera administrativa docente puede producirse por dos vías: (i) mediante concurso público de méritos, para aquellos funcionarios que no tienen un sistema de nombramiento determinado en una norma jurídica; y (ii) sin que medie aquel proceso de selección, cuando se trata de funcionarios que gozan de un sistema de nombramiento determinado en una norma constitucional o legal, como sucede con los etnoeducadores, por mandato del artículo 62 de la Ley 115 de 1994 y del Decreto 804 de 1995. Sobre estas normas, argumentó que el motivo por el cual su selección no debe efectuarse mediante concurso público de méritos radica en la importancia de la educación como herramienta de protección y conservación de la diversidad étnica y cultural, en la medida en que permite transmitir las raíces e identidad de los pueblos indígenas y tribales de generación en generación.

³ «Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989».

⁴ Según la demanda, en cuanto «[...] han dispuesto y ordenado EL NOMBRAMIENTO “EN PROPIEDAD” DE LOS DOCENTES, DIRECTIVOS DOCENTES Y ADMINISTRATIVOS ÉTNICOS que laboraban PROVISIONALMENTE en las INSTITUCIONES EDUCATIVAS ESTATALES UBICADAS EN TERRITORIOS DE LAS RESPECTIVAS COMUNIDADES INDÍGENAS [...]».

⁵ Según la demanda, en cuanto «[...] prohibieron reportar vacantes en las Instituciones de los grupos étnicos sin consultar con ellos previamente [...]».

⁶ Según la demanda, en cuanto «[...] reafirman la igualdad de derechos entre indígenas y afrocolombianos [...]».



De acuerdo con ello, sostuvo que la ilegalidad del Decreto 3323 de 2005 se explica en que, al implementar el concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, condujo a que estos últimos fueran remplazados por docentes «comunes». En ese sentido, la parte demandante afirmó que, como ese proceso de selección no atiende las particularidades de cada comunidad, da paso a la pérdida paulatina de las culturas autóctonas y, con ello, a lo que denominó un «genocidio cultural» que puede comprobarse en los despidos de que han sido objeto cientos de etnoeducadores nombrados en provisionalidad por sus comunidades.

En esa línea, manifestó que un antecedente importante para entender la inconstitucionalidad del decreto acusado se encuentra en el Decreto Ley 1278 de 2002, que sirvió de norma habilitante para la expedición de aquel y que, mediante las sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016, fue inaplicado por la Corte Constitucional en lo que respecta a la vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos bajo el entendido que se encargó de reglamentar el concurso para el ingreso al servicio educativo estatal sin consagrar la situación excepcional a la que se encuentran sometidos tales funcionarios.

Seguidamente, indicó que el mérito debe entenderse como «aquello que confiere valor a las acciones o a las cosas», acepción con base en la cual se puede sostener que aunque un título de licenciado en básica primaria confiere valor o capacidad a quien lo obtuvo para instruir a los niños de una escuela común, no lo hace para enseñar a desarrollar la identidad cultural de los niños que pertenecen a una comunidad étnica, pues los conocimientos que adquirió tal educador no comprenden la cosmovisión, cosmogonía, lengua, usos, costumbres, tradiciones, historia, valores, entre otros, propios de la respectiva etnia.

Como consecuencia de la ilegalidad del Decreto 3323 de 2005, señaló que debía ordenarse el reintegro, sin solución de continuidad y con nombramientos en propiedad, de los etnoeducadores despedidos desde el 2004.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁷

El Ministerio de Educación Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Con tal fin, advirtió que la situación de las comunidades negras es diferente de la de los indígenas, por lo que no puede aplicárseles el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia C-208 de

⁷ En el expediente obran dos escritos de contestación de la demanda presentados por diferentes abogados. La Sala tendrá en consideración el que consta entre los folios 97 y 109 del expediente físico pues lo cierto es que el 10 de diciembre de 2019, cuando se presentó el primero, el Ministerio de Educación Nacional ya le había revocado tácitamente el poder al apoderado Luis Eduardo Arellano Jaramillo mediante el otorgamiento de un nuevo poder, el 25 de noviembre del mismo año (F. 91), a la abogada Nubia González Cerón, quien dentro del término procesal concedido radicó el escrito de contestación de la demanda que será tenido en cuenta.



2007. Al respecto, explicó que la relación de aquellos con el Estado se encuentra regulada por una normativa especial contenida en el capítulo VI de la Ley 70 de 1993, en los artículos 55 a 63 de la Ley 115 de 1994 y en otros decretos reglamentarios que no identificó.

Agregó que el decreto reglamentario demandado fue un acto concebido en concertación con la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras y que a pesar de que en el marco de su expedición no se dio una consulta previa, ello atendió a que en aquel entonces no existía una norma que reglamentara ese procedimiento, ni jurisprudencia constitucional que estableciera que su omisión podría conducir a un vicio. Al respecto, precisó que, como lo definió la Corte Constitucional en la Sentencia C-253 de 2013, la falta de consulta previa únicamente podría viciar disposiciones expedidas con posterioridad a la Sentencia C-030 de 2008.

Seguidamente, la parte demandada explicó que, en la Sentencia C-666 de 2016, la Corte Constitucional procedió de forma similar a como lo había hecho en la Sentencia C-208 de 2007 respecto de los educadores de los pueblos indígenas, precisando que en el caso de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras se presentaba una falta de regulación legal integral de las relaciones entre el Estado y los docentes, por lo que el inciso 1 del artículo 2 del Decreto 1278 de 2002 debe considerarse exequible bajo el entendido de que el decreto no es aplicable a los docentes que prestan sus servicios a estas comunidades o en sus territorios.

Con base en lo anterior, sostuvo que el Decreto 3323 de 2005 perdió fuerza ejecutoria en cuanto desapareció su fundamento de derecho, aunque ello no es óbice para que sea objeto del juicio de legalidad propio de este medio de control. En ese marco, afirmó que desde la fecha en que fue notificada la sentencia en comento, el Ministerio tuvo en consideración el decaimiento del acto y dio inicio al trámite de consulta previa, fruto del cual se ha venido avanzando de forma concertada en el diseño de este estatuto especial docente.

Al estudiar las razones de nulidad esgrimidas por la parte demandante, manifestó que en lo que respecta a la presunta violación de los artículos 4, 7, 68 y 70 de la Constitución, así como al 62 de la Ley 115 de 1994 y el Convenio 169 de la OIT, es preciso estarse a lo resuelto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-666 de 2016. De otra parte, dijo que la lectura correcta del artículo 125 Superior supone entender que solo existen dos tipos de empleos, los de carrera y los exceptuados de esta por el mismo constituyente, además que para acceder a los primeros el único mecanismo es el mérito, criterio que se evalúa a través del concurso. En esa línea, señaló que como no existe norma constitucional o legal que haya definido la forma de nombramiento de los etnoeducadores, no es viable concluir que se encuentran exceptuados de la carrera docente o del concurso público de méritos.



Descartó el desconocimiento del artículo 1 de la Ley 70 de 1993 pues nada tiene que ver con el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores a la carrera docente, así como la Sentencia C-208 de 2007 por considerar que solo constituye precedente respecto de comunidades indígenas. Reiteró que la Sentencia C-666 de 2016 fue cumplida desde que se notificó por lo que tampoco es dable afirmar que fue desatendida.

Por último, destacó que, al solicitar el reintegro sin solución de continuidad de los etnoeducadores que han sido retirados del servicio por no superar las etapas del concurso, la parte demandante olvidó que este medio de control solo procede para estudiar la legalidad pura y simple de la norma demandada, confundiéndolo con el de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. TRÁMITE PROCESAL⁸

Mediante auto del 1.º de octubre de 2020, y en aplicación del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de ese año, el despacho sustanciador advirtió la procedencia de dictar sentencia anticipada, motivo por el cual ordenó incorporar las pruebas documentales y correr traslado a las partes para alegar por escrito, prescindiendo de la celebración de la audiencia inicial.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁹

El Sindicato Unido de Maestros Etnoeducadores de la Costa del Pacífico Nariñense, SEUPAC, y la Organización Palenque Afro Urbano de Tumaco hicieron uso de esta oportunidad procesal para solicitar la declaratoria de nulidad del Decreto 3323 de 2005. En primer lugar, anunciaron que es su deber defender las «[...] culturas amenazadas con la introducción de docentes que aunque negros de apariencia ya han perdido la mentalidad de los integrantes de la etnia mayoritaria [...]».

Además, reprochó que el Ministerio de Educación Nacional y varios jueces y magistrados considerasen que no forman parte de grupos étnicos, obviando el mandato de protección y respeto de la diferencia cultural. A continuación, afirmó que es posible distinguir entre la población afrocolombiana que, de un lado, conformó comunidades diferenciadas para la conservación de sus raíces étnicas y, de otro, los grupos raciales «[...] que viven acordes con las costumbres de los Blancos y Mulatos, pues han sido educados bajo los parámetros generales del

⁸ Índice 27 del expediente digital que se puede consultar en el sistema Samai del Consejo de Estado.

⁹ Índice 32 *ib.*



MINISTERIO y que por eso ya no luchan por las culturas ancestrales, pero es a ellos a quien el Gobierno tiene en cuenta para representarnos».

En línea con lo anterior, insistió en que el acto demandado transgrede el artículo 125 Superior pues, el hecho de que el nombramiento de los etnodocentes se encuentre claramente definido en la Ley 115 de 1994 implica que aquellos no están obligados a concursar en aras de acceder a la carrera docente. De esta manera reiteró que, la selección mediante concurso público de méritos y la docencia ejercida por educadores comunes resultan insuficientes para salvaguardar la identidad de las comunidades negras.

Como argumento adicional, indicó que el Decreto 3323 de 2005 no fue sometido a consulta previa con las comunidades afrocolombianas y que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional este es un requisito para la validez de las normas que afectan grupos étnicos, de lo que se sigue el desconocimiento de las Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016.

Ministerio de Educación Nacional¹⁰

La entidad presentó sus alegatos de conclusión en los mismos términos de la contestación de la demanda.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No emitió concepto en este proceso.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

De conformidad con los artículos 125, 137 y 149 del CPACA, en armonía con los artículos 13 y 15 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019¹¹, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Subsección es competente para dictar la sentencia de única instancia que en derecho corresponde.

7.2. Contexto normativo respecto del acto administrativo demandado

Para una mejor comprensión de la materia que será objeto de estudio y del alcance de la decisión, desde ya, conviene realizar las siguientes precisiones concernientes al marco jurídico dentro del cual se expidió el Decreto 3323 de 2005 que es motivo de la actual demanda:

¹⁰ Índice 29 *ib.*

¹¹ Reglamento Interno del Consejo de Estado.



- La Ley 715 de 2001¹², en su artículo 111, le concedió facultades extraordinarias al presidente de la República para expedir un nuevo régimen de carrera docente y administrativa para los docentes, directivos docentes, y administrativos, que se vincularan a partir de la promulgación de dicha ley.
- En ejercicio de tal atribución, por medio del Decreto Ley 1278 del 19 de junio de 2002 se expidió el Estatuto de Profesionalización Docente, que se ocupó de regular, entre otras materias, un marco general relativo al concurso para el ingreso al servicio educativo estatal. El párrafo único del artículo 9 *ibidem* señaló que el Gobierno Nacional reglamentaría de manera general el contenido y los procedimientos de cada una de las etapas del concurso.
- El 21 de septiembre de 2005, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3323, cuyo objeto (art. 1) consistió en reglamentar el concurso de méritos para la selección de etnoeducadores afrocolombianos y raizales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 1278 de 2002 y el Decreto 804 de 1995¹³.
- El Decreto 140 de 23 de enero de 2006¹⁴ modificó los artículos 7, 11, 12, 17 y 18 del Decreto 3323 de 2005.
- El contenido de este último, con las modificaciones que introdujo el mencionado Decreto 140, fue compilado entre los artículos 2.4.1.2.1. y 2.4.1.2.18 del Decreto 1075 de 2015¹⁵.
- El Decreto 1075 de 2015, artículo 3.1.1, ordenó la derogatoria integral de las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Educación que versen sobre las mismas materias de las que se ocupó aquel. A pesar de que previó algunas excepciones a tal derogatoria, en ellas no quedó contemplado el Decreto 3323 de 2005, ni las modificaciones que introdujo el Decreto 140 de 2006.

7.3. La pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo demandado no impide el estudio de su legalidad.

Previo a plantear el problema jurídico que debe resolverse en esta oportunidad, es importante explicar que una de las consecuencias jurídicas de la derogatoria dispuesta en el Decreto 1075 de 2015, fue la pérdida de ejecutoriedad del acto

¹² «Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros».

¹³ «Por el cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos».

¹⁴ «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones».

¹⁵ «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación».



demandado, tal y como lo prevé el artículo 91 numeral 5 del CPACA¹⁶. Sin embargo, ello no obsta para que la Sala efectúe el juicio de legalidad propuesto por los demandantes.

Al estudiar el acto administrativo, la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado entre su validez y su eficacia, señalando como principales características de estas figuras las que se sintetizan a continuación:

	VALIDEZ	EFICACIA
Concepto	Es la conformidad de la decisión administrativa con el ordenamiento jurídico, de manera que su elaboración, expedición y contenido se ajusten a las normas y principios que lo integran. Así, el acto administrativo es válido cuando quiera que, al confrontarlo con los preceptos jurídicos que le sirven de fundamento, se encuentra que ha sido fiel a ellos.	Consiste en la capacidad que tiene el acto administrativo para producir los efectos jurídicos que persigue, es decir, su aptitud para materializar en el mundo exterior los objetivos que busca alcanzar. Un acto administrativo eficaz es un acto oponible y obligatorio. La regla general es que este tipo de manifestaciones de voluntad de la administración tenga eficacia inmediata a partir de su firmeza y que ella sea constante en el tiempo ¹⁷ .
Requisitos para que se predique	Que el acto administrativo reúna las siguientes condiciones: (i) que se haya dictado por autoridad competente; (ii) que su contenido se ajuste a la Constitución y al ordenamiento jurídico vigente; (iii) que su expedición se haya hecho de manera regular; (iv) que los motivos que lo justifican resultan acordes con la realidad; y (v) que el ejercicio de la atribución con base en la cual se profirió, satisfaga intereses públicos o los	Que no haya ocurrido ninguna de las hipótesis de pérdida de fuerza ejecutoria del acto, fenómeno que se configura cuando (art. 91 CPACA) (i) sus efectos se suspenden provisionalmente por medio de una decisión judicial; (ii) desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho; (iii) al cabo de cinco años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; (iv) se cumple la condición resolutoria a que se encuentra sometida el acto; y (v) el acto pierde vigencia.

¹⁶ «ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: [...] 5. Cuando pierdan vigencia [...]».

¹⁷ En vigencia del CCA, esa eficacia inmediata y constante quedó consagrada en el artículo 66, de acuerdo con el cual «Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo». Este concepto fue consagrado en términos muy similares, aunque con algunas precisiones teóricas, en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.



	específicos a los que responde dicha competencia ¹⁸	
Consecuencia del incumplimiento de requisitos	<ul style="list-style-type: none">- La declaratoria de nulidad del acto administrativo, decisión que conlleva su expulsión del ordenamiento jurídico.- Es competente para declararla el juez de lo contencioso administrativo	<ul style="list-style-type: none">- La pérdida de obligatoriedad del acto administrativo; este deja de producir efectos y, por ende, no puede ser ejecutado.- Es competente para declararla, la autoridad administrativa que profirió el acto correspondiente.

De lo anterior es posible concluir que las causales de nulidad operan en la etapa de formación del acto administrativo pues nótese que las hipótesis que la generan se encuentran ligadas a circunstancias, internas o externas, predicables del acto en el momento en que nace a la vida jurídica. Por su parte, las causales de pérdida de fuerza ejecutoria dan cuenta de situaciones que se presentan con posterioridad al surgimiento de la decisión administrativa, sin que tengan la capacidad de conducir a su anulación.

Sobre estas premisas, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido que la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo no obsta para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo examine su validez pues lo cierto es que durante su vigencia el acto y, con ello, los efectos que produjo estuvieron amparados por la presunción de legalidad. Al respecto, en sentencia de 7 diciembre de 2016 la Sección Segunda de esta Corporación precisó lo siguiente¹⁹:

[...] la circunstancia que el acto administrativo demandado haya sido derogado o hubiere operado la figura del decaimiento, no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que tanto la derogatoria como el decaimiento sólo opera hacia el futuro y no afecta su validez. Además, pueda que sus disposiciones se encuentren produciendo efectos, aun después de su derogatoria o decaimiento, haciéndose viable el estudio de su legalidad.

Entonces, pese a ocurrir la derogatoria o el decaimiento del acto administrativo enjuiciado, hay lugar a estudiar de fondo el asunto, puesto que: i) pueda que el acto administrativo haya producido efectos y que los mismos aún estén surtiéndose; y ii) la ocurrencia del decaimiento no afecta la presunción de legalidad del acto y su control debe hacerse frente a las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de su expedición.

Visto desde otra óptica, la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez competente, por

¹⁸ En armonía con ello, el artículo 137 del CPACA dispone que la nulidad de los actos administrativos «[...] procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió [...]».

¹⁹ CE, Sec. Segunda (S. Plena), Sent., rad. 11001032500020120057100 (2139-2012).



lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de validez de los mismos [...]

En tales condiciones, resulta procedente que la Sección Segunda, Subsección A, se pronuncie respecto de la legalidad del Decreto 3323 de 2005.

7.4. Problema jurídico

De acuerdo con el concepto de violación que se expuso en la demanda, el problema jurídico que debe solucionarse en esta sentencia puede concretarse en la siguiente pregunta:

¿El Decreto 3323 de 2005 incurre en la causal de nulidad por infracción de las normas superiores en que debía fundarse por desconocimiento del Convenio 169 de la OIT; los artículos 4, 7, 13, 68, 70, 72, 93 y 125 de la Constitución Política; el artículo 1 de la Ley 70 de 1993; el 62 de la Ley 115 de 1994; el artículo 11 del Decreto 804 de 1995, así como las Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016, en lo que respecta al derecho a la identidad cultural y a la educación étnicamente diferenciada?

La Sala atenderá el siguiente orden metodológico a fin de abordar el estudio de los ítems con fundamento en los cuales responderá el interrogante planteado: (i) el mandato constitucional de protección de la identidad cultural; (ii) el derecho fundamental a la educación étnicamente diferenciada (iii) el derecho de acceso al empleo público y la provisión de cargos públicos mediante concurso de méritos; (iv) el servicio público educativo estatal y el sistema de carrera administrativa son materias sometidas a reserva de ley; (v) el acceso al empleo público de etnoeducador; (vi) la jurisprudencia constitucional en relación con la omisión legislativa relativa en materia de vinculación al empleo público de etnoeducador; (vii) el Decreto 3323 de 2005 y (viii) la solución del caso concreto.

i) El mandato constitucional de protección de la diversidad y la identidad cultural

Durante siglos, poblaciones como las indígenas y las negras tuvieron que soportar un modelo de poder que se instauró con los procesos de conquista y colonización, caracterizado por la explotación, la discriminación, la violencia y los abusos ejercidos en contra de sus integrantes. Históricamente, uno de los innumerables atropellos de que han sido objeto estos grupos sociales, consiste en el desconocimiento de la cultura que les es propia y que los define como tal.

En efecto, aquellas épocas estuvieron marcadas por la estigmatización de la cultura originaria y, con ello, por el especial interés de los colonizadores de imponerle a estos pueblos su religión, lengua, costumbres y, en general, formas de vida civilizadoras. Esta forma de proceder se mantuvo con el paso del tiempo,



generando, en los Estados modernos, una política de asimilación cultural, entendida como un proceso que busca la integración de los grupos étnicos minoritarios en la comunidad mayoritaria, con el aparente propósito de garantizar la convivencia dentro del Estado a costa de que esta absorción genere la pérdida parcial o absoluta de aquellos rasgos que determinan la identidad cultural de esas minorías.

La implementación de la mencionada política no fue ajena al Estado colombiano, que en vigencia de la Constitución de 1886 promovió la construcción de una única identidad nacional, de manera que, en términos generales, se trataba de un sistema que reconocía la existencia de las comunidades étnicas, no para hacerlas titulares de derechos sino con el exclusivo propósito de integrarlas a la cultura mayoritaria y generalizada.

La Constitución de 1991 marcó una diferencia sustancial en relación con la postura que hasta entonces había asumido el ordenamiento jurídico de cara a la relación del Estado con los pueblos étnicos. En efecto, las disposiciones previstas en ella en lo concerniente a la materia fueron un reflejo del rechazo que, en la década de 1980, comenzó a generarse en el ámbito internacional frente a la política de asimilación²⁰.

De esta forma, Colombia pasó a un modelo en el que el Estado abordó el reconocimiento del multiculturalismo no solo desde la prohibición de todo tipo de discriminación negativa sino también a partir de la promoción de una discriminación positiva, que se manifiesta en el respeto por la diferencia cultural y, con ello, en la consagración de las medidas necesarias para conservar a lo largo de las generaciones, los rasgos característicos de estos grupos sociales.

Sobre esta filosofía, la Constitución de 1991 le otorgó a los pueblos étnicos un estatus diferenciado que los hace sujetos de un amparo constitucional especial y titulares de importantes derechos entre los que interesa resaltar el de la identidad étnica y, asociado a este, el de la autonomía como una atribución indispensable para poder efectivizar el primero. En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, se defendió con suma claridad la importancia de su consagración en la nueva Carta Política, así:

[...] El derecho colectivo a la identidad cultural y a la autonomía [...] Nosotros queremos que se nos reconozca explícitamente el derecho colectivo a nuestra identidad cultural y a nuestra autonomía.

²⁰ Sobre el particular se consultó la siguiente literatura: Semper, Krank. «Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», 2006, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21731.pdf>. y Sarrazin, Jean Paul, «La categoría indígena definida desde la hegemonía y sus alcances en la institucionalidad colombiana», 2017, Revista Justicia n.º 32 Universidad Simón Bolívar, recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n32/0124-7441-just-32-00139.pdf>



Este derecho tiene la connotación de colectivo precisamente porque es la comunidad -como totalidad antropológica y social- la que afirma el precioso tejido de la identidad cultural. La lengua, los mitos y los ritos que los actualizan, las manifestaciones culturales, son realizaciones colectivas construidas por generaciones. Estas construcciones culturales revelan el proceso histórico de adaptación al medio natural y de regulación de las relaciones de los miembros de la comunidad. En ellas está escrita cuál es el significado de la vida que merece ser vivida por cada uno como miembro del grupo étnico.

Cada grupo étnico ha escrito sobre el tiempo el mensaje de la vida que merece ser vivida. Cuando se ve amenazado por el despojo territorial o cultural, se le está negando el derecho a su vida, se le está negando el derecho a su ser, a existir. Es esta la razón de fondo por la cual muchos proyectos enfatizan en el derecho a la identidad cultural. Pero este derecho se haría nulo si no se tiene la posibilidad de seguir viviendo como se quiere vivir, si hay que vivir de acuerdo con los requerimientos de otros que desconocen el significado de la vida, tal como la vive cada grupo étnico [...]²¹

Ahora bien, es importante señalar que los diferentes principios y derechos que prevén la salvaguarda de las comunidades étnicas no quedaron recogidos en un capítulo, como se llegó a plantear por los representantes indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente, sino que pueden encontrarse en normas dispersas en el texto Superior.

Así, el artículo 1 de la Constitución, al referirse el modelo de Estado colombiano y a su organización política, comienza por definirlo como un Estado pluralista, democrático y participativo. Además, su artículo 7 consagra expresamente, en cabeza del Estado, un mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, mientras que el 8 establece la obligación de preservar las riquezas culturales y naturales de la Nación.

En armonía con ello, la Constitución consagra como oficiales, en sus territorios, las lenguas y dialectos de los grupos étnicos, señalando que la educación de estas comunidades debe ser bilingüe (art. 10), además proscribida la discriminación en razón de la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, la opinión política o filosófica (art. 13).

Por su parte, el artículo 68 constitucional establece el derecho a la identidad cultural en materia de educación; el 70 contempla la cultura como fundamento de la nacionalidad e impone al Estado el deber de promover y fomentar el acceso a ella en igualdad de oportunidades a través de la educación; los artículos 171 y 176 *ejusdem* consagraron las circunscripciones especiales para la elección de congresistas indígenas y el 246 creó la jurisdicción especial indígena para que, en su territorio, estos pueblos administren justicia conforme con sus propias reglas y procedimientos, siempre que no sean contrarios al texto Superior.

²¹ Rojas Birry, Francisco. «Ponencia: Los derechos de los grupos étnicos», anales de la Asamblea Nacional constituyente, gaceta constitucional n.º 67 del 4 de mayo de 1991, p. 18.



Aunado a ello, al catalogar los territorios indígenas como entidades territoriales (art. 286), la Constitución les otorga autonomía para la gestión de sus intereses (art. 287); además prevé la especial salvaguarda de sus territorios (art. 329), les concede la facultad de autogobernarse a través de sus propias autoridades, así como el derecho a ser consultados previamente ante las decisiones estatales que puedan afectarlos (arts. 40-2 y 330), y los hace beneficiarios de los recursos del Sistema General de Participaciones (art. 356).

Este ámbito de protección se ve reforzado por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales²²⁻²³, que hace parte del bloque de constitucionalidad y, en Colombia, aparece como la convención internacional vinculante más amplia para garantizar los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas²⁴. Sus dos pilares fundamentales son el derecho que les asiste a preservar y fortalecer sus culturas y estilos de vida, así como el de participar de manera efectiva en las decisiones que adopten los Estados y los afecten de manera directa.

Dentro de ese contexto normativo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la relación entre el Estado y estas comunidades tiene como premisas la existencia de diversidad de culturas e identidades étnicas; que todas ellas hacen parte de la identidad general del país; que todas tienen derecho a conservarse en el tiempo con sus costumbres, prácticas, creencias, lenguas y cosmovisión, así como a que se les trate sin discriminación y con el mismo respeto que se trata a cualquier grupo poblacional²⁵.

Visto lo anterior, a manera de conclusión, resulta plausible plantear las siguientes afirmaciones:

- El artículo 7 Superior consagra la diversidad étnica y cultural como un principio fundamental del Estado, «[...] orientado a la inclusión dentro del

²² Con motivo del 25 aniversario de la adopción del Convenio, la Oficina Regional para América Latina y el Caribe entregó una edición conmemorativa cuya presentación explicó el contexto en el que se profirió dicho instrumento normativo, en los siguientes términos: «La Conferencia observó que en muchas partes del mundo estos pueblos no gozaban de los derechos en igual grado que el resto de la población en los Estados donde viven y que han sufrido a menudo una erosión en sus valores, costumbres y perspectivas. Los pueblos indígenas y tribales en América Latina presentan, hoy en día, los peores indicadores socioeconómicos y laborales, y la discriminación por origen étnico o racial agrava las brechas de ingreso de manera radical. En este sentido, el Convenio constituye una pieza clave en la acción de la OIT a favor de la justicia social, objetivo reafirmado en el 2008 con la adopción de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa».

²³ Fue adoptado el 27 de junio de 1989 y ratificado por Colombia por medio de la Ley 21 de 1991.

²⁴ En el ámbito internacional, otro importante mecanismo normativo en la materia, que no fue votado por Colombia, se encuentra en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007. Dicha convención prevé expresamente el derecho de los pueblos y los individuos indígenas a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (art. 8).

²⁵ Al respecto puede consultarse la Sentencia C-208 de 2007, Corte Constitucional.



reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias [...]»²⁶.

- Desarrollo de este principio es el derecho, igualmente fundamental, a la identidad cultural.
- La jurisprudencia constitucional le ha otorgado una dimensión colectiva y otra individual a este derecho, en el entendido que su titularidad reside tanto en la comunidad étnica, vista como un todo, pero también en cada uno de los miembros que la componen²⁷.
- El ámbito de aplicación de este derecho no se restringe a los territorios indígenas pues todas las culturas son igualmente dignas y fundamento de la identidad nacional.
- Su contenido es supremamente amplio pues se manifiesta en diversas medidas que buscan el amparo y reivindicación de las comunidades étnicamente diferenciadas, siendo las principales: el derecho a conservar, conocer y transmitir los rasgos propios que los caracterizan frente a la demás población; a ser consultadas previo a la adopción de decisiones que incidan directamente en ellas; a autodeterminarse y, con esto, a tener sus propias normas, procedimientos y organización política; a tener un territorio y al respeto por sus bienes y la propiedad colectiva;
- No obstante, como sucede con cualquier derecho, no goza de un carácter absoluto por lo tanto puede encontrar limitantes en mandatos constitucionales y legales pero no es cualquiera²⁸. En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que «[...] para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural [...]»²⁹.

ii) El derecho fundamental a la educación étnicamente diferenciada

Una de las formas en las que se proyecta el principio de diversidad étnica y cultural es el derecho que tienen estas comunidades a la identidad educativa, lo

²⁶ Sentencia T-778 de 2005, Corte Constitucional.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-254 de 1994 precisó que «La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional -diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural».

²⁹ Sentencia C-139 de 1996.



que supone adoptar medidas especiales en esta materia a efectos de que el servicio estatal de enseñanza que se imparta a sus miembros se adecúe a sus valores, tradiciones y forma de vida.

El artículo 67 de la Constitución Política consagra la educación en una doble dimensión: como un derecho fundamental y como un servicio público que tiene función social. Según esta norma, su propósito es el acceso al conocimiento, a la ciencia, y a otros bienes y valores de la cultura.

El artículo 68 *ejusdem* ahondó en la regulación de la prestación del servicio educativo, precisando que la labor de enseñanza debe desempeñarse por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica y que los «[...] integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural [...]». Por su parte, el artículo 70 constitucional reconoce la cultura como un fundamento de la nacionalidad e impone al Estado el deber de promover y fomentar el acceso a ella en igualdad de oportunidades a través de la educación.

Además de las normas de origen constitucional que se encargan de regular el contenido y alcance de la educación, es factible encontrar en el bloque de constitucionalidad otros instrumentos internacionales que se ocupan de la materia. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³⁰, la Convención sobre los Derechos del Niño³¹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³².

Este último, en su artículo 13, numeral 1, consagra el derecho de toda persona a la educación y dispone que esta debe orientarse hacia el desarrollo pleno de la personalidad humana y de su dignidad, fortaleciendo el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además, señala expresamente que dicho servicio debe proporcionarles a las personas las herramientas para la participación efectiva «[...] en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz [...]».

Al estudiar dicho artículo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité DESC, en la Observación General n.º 13, describió el alcance del contenido prestacional del derecho a la educación, precisando que comprende cuatro facetas:

[...] (i) **la asequibilidad o disponibilidad del servicio**, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar

³⁰ Artículo 26.

³¹ Artículos 28 y 29. Ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 12 de 1991.

³² Aprobado por el Estado colombiano por medio de la Ley 74 de 1968.



instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras; **(ii) la accesibilidad**, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico; **(iii) la adaptabilidad**, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio, y **(iv) la aceptabilidad**, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse [...] (negrilla fuera del texto original)

Visto lo anterior, resulta plausible concluir que todos los nacionales colombianos, sin exclusión alguna, tienen derecho a la educación y que aquella que se imparta a los miembros de los pueblos étnicos, entre los que se cuentan las comunidades indígenas, afrodescendientes, negras, palenqueras, raizales y Rrom³³, debe ser acorde a su identidad cultural, de manera que a lo largo del tiempo puedan conocer, conservar y transmitir los rasgos propios que los caracterizan frente a la demás población, tales como su historia, tradiciones, costumbres, religión o creencias, idioma o lenguas, conocimientos y técnicas, sistema de valores, formas de vida, entre otros. Ello bajo el entendido que un Estado que garantice un sistema educativo en el que se proteja efectivamente la identidad de las diferentes etnias y culturas, es un Estado respetuoso del pluralismo, la democracia y la participación.

Ahora, tratándose de etnoeducación, el principal fundamento normativo, además de las normas constitucionales previamente anotadas, se encuentra en el ya mencionado Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que se ocupa de esta materia en sus artículos 22 y 26 a 29. Entre los aspectos más relevantes que consagra dicha regulación frente a la educación de los pueblos étnicamente diferenciados se encuentran los siguientes:

- (i) El deber de garantizarles acceso a una educación, en todos los niveles y como mínimo, en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (art. 26).
- (ii) El deber de asegurar servicios y programas especiales de educación que respondan a las necesidades concretas de estos pueblos, que se basen en su historia, conocimientos, lengua, valores, aspiraciones y condiciones sociales, culturales y económicas (arts. 22, 27 n.º 1 y 28 n.º 1).
- (iii) La preservación de la lengua o idiomas propios tiene una marcada importancia, por lo que deben adoptarse medidas que permitan promover y contribuir a dicho propósito, entre las cuales se destaca el deber de enseñarle a los niños de estos pueblos a leer y escribir haciendo uso de aquella, advirtiendo que, en todo caso, los Estados

³³ Esta expresión se refiere al pueblo gitano.



deben garantizar a sus miembros la posibilidad de dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país (art. 28).

- (iv) La consulta previa a la toma de decisiones estatales que los afecten y, con ello, la cooperación entre los gobiernos y las comunidades étnicas como principal herramienta de construcción y diseño de los programas educativos especiales (arts. 22 y 27 n.º 2)³⁴.
- (v) Un mandato progresivo y en cuanto sea posible, consistente en entregar a estos pueblos la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de enseñanza, si así lo deciden (arts. 22 y 27 n.º 2).
- (vi) El reconocimiento de su derecho a crear instituciones y medios de educación propios, bajo la condición que satisfagan los requisitos mínimos, para lo cual deberán facilitársele los recursos apropiados (art. 27 n.º 3).

Siguiendo con el estudio normativo sobre la materia, se encuentra la Ley 115 de 1994³⁵, que entre sus artículos 55 a 63 regula la educación de la población que pertenece a una etnia, definiéndola como aquella que se imparte en grupos o comunidades que hacen parte de la nacionalidad y poseen una cultura, lengua, tradiciones y fueros propios y autóctonos³⁶. De las disposiciones allí contenidas se destaca el deber de orientar el servicio educativo al ambiente, proceso productivo, social y cultural de dichos pueblos, así como el respeto por sus creencias, tradiciones y, si la tienen, por su lengua materna. Además, aquel servicio se rige por los principios y fines generales de la educación como la integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad³⁷.

En desarrollo de esos artículos, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 804 de 1995, «por el cual se reglamenta la atención educativa para grupos étnicos». Entre los varios aspectos de los que se ocupó, la norma reiteró que tratándose de dichas

³⁴ Sobre la trascendencia de la participación de la comunidad étnica, la Corte Constitucional, en Sentencia T-355 de 2014 señaló que es «[...] crucial en la satisfacción de los reseñados componentes del derecho a una educación, que respete y desarrolle la identidad cultural de dichos pueblos. Como ha puntualizado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, “para reformar los sistemas educativos con el objeto de reorientar la educación hacia el pleno respeto de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos culturales y lingüísticos, es preciso que los pueblos indígenas puedan reconocerse a sí mismos en estos esfuerzos. Para ello se requiere que puedan participar libremente en todas las etapas de planeación, diseño, implementación y evaluación de estas reformas. Hasta ahora, una de las deficiencias en los sistemas de educación que no responden a las necesidades de los pueblos indígenas es la falta de participación de estos desde el origen en el diseño de los programas y políticas de educación... Los planes y programas educativos no deben ser diseñados en lejanas oficinas técnicas sin contacto directo con las comunidades indígenas”».

³⁵ «Por la cual se expide la ley general de educación».

³⁶ Artículo 55, Ley 115 de 1994.

³⁷ Artículo 56, Ley 115 de 1994.



comunidades, la educación tiene un objetivo especial de salvaguarda de sus culturas, además desarrolló el contenido de los principios de la etnoeducación. Sobre estos últimos, interesa hacer especial mención al de autonomía, que definió como «[...] el derecho de los grupos étnicos para orientar, desarrollar y evaluar sus procesos etnoeducativos, ejerciendo su autonomía [...]», de allí la importancia de que el Estado adopte las medidas necesarias para que, progresivamente, se avance en el cumplimiento de dicho mandato, entre las cuales el fomento de la formación de los etnodocentes juega un papel primordial.

Respecto de la vinculación de educadores indígenas, **el decreto autorizó exceptuarlos del requisito del concurso público, al igual que de la exigencia del título de licenciado o de normalista**, con el fin de prestar sus servicios en estas comunidades.

Finalmente, es relevante indicar que, tratándose de las comunidades negras, la Ley 70 de 1993³⁸, aplicable a aquellas que ocupan las zonas baldías, rurales y ribereñas en la Cuenca del Pacífico así como otras zonas del país siempre que tengan prácticas tradicionales, se encargó de establecer una regulación relativa a los mecanismos para la protección y desarrollo de sus derechos y de su identidad cultural³⁹.

Del anterior recuento, se identifican dos aspectos que llaman la atención de la Sala de manera particular. El primero, se refiere a la autonomía en la prestación directa del servicio por parte de los grupos étnicos, que aparece como una herramienta primordial para promover el respeto y la conservación de las diferentes culturas. Sin embargo, no debe olvidarse que, al tratarse de un principio, su exigibilidad debe valorarse de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del momento. Además, aunque pueda existir, en mayor o menor grado, una transferencia progresiva a los pueblos étnicos de la responsabilidad de realizar sus programas especiales de educación, la educación es un servicio público cuya titularidad responde, en primer lugar, al Estado. Se trata de una obligación indelegable de la que este no puede desprenderse por completo. Sobre el particular, el Consejo de Estado, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló en reciente concepto:

[...] el Estado conserva inalteradas sus competencias de dirección, orientación, vigilancia y, ocasionalmente, de prestación del servicio público educativo. Significa, además, que la aludida transferencia no es un resultado que deba producirse de manera inmediata, sin tomar en cuenta las condiciones concretas en que se encuentran los menores y las comunidades. Para que sea posible la referida transferencia, es necesario que se satisfagan todas las condiciones de calidad para la adecuada «realización de esos programas». Este requerimiento de calidad no solo se basa en la redacción del artículo 27 del tratado; se funda, también, en el principio de prevalencia de los derechos fundamentales de los niños y niñas, que se encuentra

³⁸ «por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política».

³⁹ Al respecto pueden consultarse los artículos 32 a 46 de la Ley 70 de 1993.



reconocido en el artículo 44 del texto superior. En aplicación de esta directriz constitucional, solo en la medida en que los procesos de aprendizaje y formación de los menores no se vean afectados por la ampliación del entorno de autonomía de estas comunidades, será posible que estas últimas asumen el ejercicio de la competencia en cuestión [...]⁴⁰

El segundo aspecto a resaltar tiene que ver con la consulta previa, a la que se le ha atribuido la naturaleza de derecho fundamental debido a que integra la protección de valores esenciales dentro del Estado Constitucional de Derecho⁴¹. Así, como mecanismo de participación, promueve la democracia al tiempo que satisface el mandato de protección de la identidad e integridad cultural⁴². En línea con ello, debe precisarse que la consulta previa es una obligación impuesta al Estado en los casos en que pretende adoptar medidas legislativas o administrativas que afectan directamente a las comunidades y grupos étnicos, entendiendo que «[...] Hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios [...]⁴³».

Ahora bien, conviene explicar que, con anterioridad a la Sentencia C-030 de 2008, no existían reglas claras y generales sobre el alcance de la consulta previa ni de las consecuencias jurídicas de su inobservancia⁴⁴. Por ello, la Corte Constitucional, fijó como criterio jurisprudencial en relación con su exigibilidad que la consulta previa no sería un parámetro de constitucionalidad respecto de

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 16 de diciembre de 2019, radicación 11001-03-06-000-2019-00107-00(2423), actor: Ministerio de Educación Nacional.

⁴¹ Sobre el particular, pueden consultarse las Sentencias SU-039 de 1997, C-169 de 2001, SU-383 de 2003, C-030 de 2008 y SU-097 de 2017, proferidas por la Corte Constitucional.

⁴² Al respecto puede consultarse la Sentencia C-030 de 2008 proferida por la Corte Constitucional.

⁴³ *Ib.*

⁴⁴ *Ib.* Frente a las consecuencias derivadas del incumplimiento de esta obligación, la misma sentencia C-030 de 2008 explicó lo siguiente: «[...] En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. En ese evento, sería posible encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.»



medidas legislativas o administrativas anteriores a la comunicación de la sentencia C-030 de 2008.

iii) El derecho de acceso al empleo público y la provisión de cargos públicos mediante concurso de méritos

El artículo 40, numeral 7, de la Constitución Política consagra el derecho de acceso a cargos públicos, el cual ha sido entendido como la garantía que le asiste a todo ciudadano de participar en un determinado proceso de selección para aspirar a un empleo público, una vez cumplidos los requisitos previstos para tal fin. Asimismo, dentro de la esfera de protección de tal derecho, a quien ha sido nombrado y posesionado en un cargo de dicha naturaleza debe garantizársele no ser removido arbitrariamente de este, al igual que las condiciones necesarias para el normal desempeño de sus funciones.

La Corte Constitucional ha destacado la categoría de derecho fundamental que ostenta aquel en la medida en que, al promover la participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político, permite lograr la efectividad de la democracia participativa.

Ahora bien, la forma de acceso al empleo público dependerá de la tipología dentro de la cual pueda enmarcarse el cargo respectivo. Los criterios de clasificación del personal al servicio de la administración pública se encuentran contenidos esencialmente en los artículos 123 y 125 superiores. De acuerdo con el primero de ellos, es posible establecer una categoría general denominada «servidores públicos», dentro de la que están comprendidos 1) los miembros de las corporaciones públicas de elección popular; 2) los trabajadores oficiales; y 3) los empleados públicos.

Por su parte, el artículo 125 *ibidem* consagra como tipos de empleo público los (i) de carrera; (ii) de libre nombramiento y remoción; (iii) de elección popular; (iv) de trabajador oficial y (v) los demás que determinen la Constitución y la ley, últimos dentro de los cuales pueden identificarse los empleos de periodo fijo; los temporales; y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación⁴⁵.

Cada uno de estos empleos es provisto de diferente forma según la tipología a la que respondan. Tratándose de los cargos de carrera, el sistema de provisión⁴⁶ está dado por el concurso público, el cual constituye la regla general pues ha de aplicar a los empleos de dicha naturaleza y a cualquier otro, cuando la

⁴⁵ Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

⁴⁶ Para ahondar sobre los diferentes sistemas de provisión según las modalidades de empleo público, puede consultarse la sentencia del 9 de diciembre de 2019, proferida por la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015).



Constitución o la ley no hayan determinado uno distinto. De manera excepcional, los empleos de carrera pueden proveerse en provisionalidad o encargo.

En el ámbito de la función pública, el concurso de méritos puede definirse como un proceso de selección para el desempeño del empleo público, llevado a cabo con plena garantía de los principios de transparencia, objetividad e igualdad, en el que la escogencia del aspirante que habrá de ocuparlo se realiza exclusivamente con base en el mérito, entendido este como el reconocimiento que le corresponde a una persona en razón de las capacidades, competencias y aptitudes que ha demostrado tener para el desempeño del contenido funcional del cargo de que se trate.

De esta forma, cuando la provisión del empleo se encuentra sometida a concurso público queda descartado cualquier mecanismo que represente para el empleador facultades discrecionales de selección de los aspirantes, pues aun cuando estas últimas no implicarían *per se* arbitrariedad, sí afectarían la exigencia de aplicación exclusiva del mérito.

En tales condiciones, la carrera, entendida como un sistema técnico de administración del empleo en el que el parámetro esencial en la provisión de cargos públicos está dado por las condiciones y calidades de los aspirantes, es el instrumento que permite materializar en su máxima expresión el principio del mérito consagrado en el artículo 125 constitucional.

A través de dicho principio se satisfacen las necesidades del servicio y de los intereses de la comunidad. De un lado, el Estado tiene a su servicio a los más calificados y, de otro, los trabajadores ven garantizada su estabilidad laboral e igualdad de oportunidades de cara al empleo. De acuerdo con ello, el criterio de mérito concreta los principios de la función administrativa de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad toda vez que permite asegurar que la función pública sea desarrollada por los mejores y más capacitados funcionarios.

En conclusión, dado que por regla general los empleos públicos son de carrera, el concurso de méritos constituye el mecanismo general y preferente para acceder al servicio público. Dicho sistema de provisión del empleo atiende a la aplicación rigurosa y exclusiva del principio del mérito, sin que pueda existir otro parámetro al cual obedezca la escogencia de quien ha de ser su titular.

iv) El servicio público educativo estatal y el sistema de carrera administrativa son materias sometidas a reserva de ley

En este punto conviene destacar, en relación con el servicio de educación oficial y sistema de carrera, las siguientes disposiciones contenidas en la Constitución Política:



Artículo	Texto
67	[...] La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social [...]La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley [...]
68	[...] La enseñanza estará a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica. La Ley garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente [...]
125	[...] El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley [...]
365	[...] Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley [...]

Estas normas permiten concluir que la prestación del servicio de educación por parte del Estado, al igual que los asuntos estructurales de la función pública, como lo es el sistema de carrera, son materias sometidas a reserva de ley. En primer lugar porque al tratarse de un servicio público, queda comprendido dentro de las hipótesis que expresamente prevé el artículo 150 Superior para que sean reguladas por el Congreso de la República (numeral 23). En segundo lugar, porque resulta innegable que, dogmáticamente, tanto la educación como la carrera administrativa se encuentran estrechamente relacionadas con la realización del modelo de Estado Social de Derecho y la satisfacción de sus fines esenciales, del interés general o de principios transversales como el democrático.

En efecto, el marco jurídico anunciado sirvió de sustento para que la Corte Constitucional predicara la existencia de reserva legal frente al sistema normativo de los etnoeducadores, consideraciones que resultan aplicables de manera general al servicio público educativo y a la carrera docente:

[...] resulta constitucionalmente inadmisibles que se deje en cabeza del Gobierno la competencia para estructurar y regular, por vía de un decreto reglamentario, el régimen jurídico de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas, así como también la adopción de las medidas necesarias para implementar un sistema de carrera especial ajustado a las condiciones y formas de vida de las distintas etnias [...]⁴⁷

⁴⁷ Sentencia C-208 de 2007, Corte Constitucional. Sobre el particular, la providencia explicó: «[...] Es cierto que mediante el Decreto Reglamentario 3238 de 2004, se anunció que los concursos para la provisión de cargos en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios



En conclusión, los artículos 67, 68, 125 y 365 Constitucionales, en armonía con los artículos 1, 2, 40 y 150 *ejusdem*, consagran una reserva de ley en lo que se refiere a la prestación del servicio público educativo y a la carrera docente.

v) El acceso al empleo público de etnoeducador

Según se explicó, la vinculación de las personas al servicio público se produce, por regla general, en el marco de un sistema meritocrático en el que el concurso público aparece como el mecanismo prevalente de incorporación y ascenso en los empleos del Estado. Esto significa que, salvo que el constituyente o el legislador, de manera expresa e inequívoca, consagren un sistema de nombramiento especial, el concurso será un procedimiento de carácter obligatorio.

En el caso particular de la educación étnicamente diferenciada, a la fecha, no se observa la existencia de un mandato constitucional o legal que exima al personal docente de la regla general anunciada. Aunque es cierto que en el caso de los educadores oficiales indígenas el Decreto 804 permitió expresamente que se autorice exceptuarlos del concurso público, no hay una disposición con dicho rango que así lo prevea.

No obstante, el mandato que impone la elección de los mejores aspirantes por medio del concurso debe armonizarse con el respeto de la identidad cultural y con el grado de autonomía de estas comunidades para determinar sus procesos educativos, a través de un servicio que permita impartir una educación adecuada a las necesidades específicas de la etnia que se trate (adaptabilidad) pero al mismo tiempo de calidad (aceptabilidad).

La integración de estos dos principios en materia educativa, mérito e identidad cultural, idealmente debería manifestarse en un conjunto normativo que contenga una regulación exhaustiva. Sin embargo, hoy en día, en el ordenamiento jurídico colombiano solo existen algunas normas legales y reglamentarias que, aunque sientan algunas bases importantes, no proporcionan las reglas detalladas relativas al sistema de selección de los etnoeducadores, de allí que la Corte

indígenas que atienden población indígena, se regirían por el decreto que para el efecto expida el Gobierno Nacional. No obstante, a juicio de la Corte tal hecho no desvirtúa la omisión en que incurrió el legislador, ya que, por expresa disposición de los artículos 67, 68, 125, 150-23 y 365 de la Carta, la facultad para regular lo atinente al servicio público educativo estatal y al sistema de carrera administrativa, es competencia exclusiva y excluyente del legislador. Sobre el particular, los artículos constitucionales citados disponen: el 67, que corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia y que la Nación y las entidades territoriales participarán de la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales en los términos que señalen la Constitución y la “ley”; el 68, que es la “ley” la que garantiza la profesionalización y dignificación de la actividad docente; el 150-23, que el Congreso tiene la competencia para expedir “las leyes” que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos; el 365, que los servicios públicos, entre los cuales se cuenta el de educación, “estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley [...]».



Constitucional, en decisiones que se estudiarán más adelante, haya concluido que, en ese asunto, se está en presencia de una clara omisión legislativa.

Entre las normas que, de manera general, aluden al acceso al servicio público por parte de los etnoeducadores se encuentran las siguientes:

NORMA	ARTÍCULO
Ley 115 de 1994	<p>Artículo 62. Selección de educadores. Las autoridades competentes, en concertación con los grupos étnicos, seleccionarán a los educadores que laboren en sus territorios, preferiblemente, entre los miembros de las comunidades en ellas radicados. Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano. La vinculación, administración y formación de docentes para los grupos étnicos se efectuará de conformidad con el estatuto docente y con las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos. El Ministerio de Educación Nacional, conjuntamente con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades y organizaciones de los grupos étnicos establecerá programas especiales para la formación y profesionalización de etnoeducadores adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993.</p>
Decreto 804 de 1995	<p>Artículo 10. Para los efectos previstos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, son autoridades competentes de las comunidades de los grupos étnicos para concertar la selección de los docentes con las autoridades de las entidades territoriales, las siguientes:</p> <p>a) El Consejo de Mayores y/o las que establezcan las organizaciones de las comunidades que integran la Comisión Consultiva Departamental o Regional, con la asesoría de las organizaciones representativas y de los comités de etnoeducación de las comunidades negras y raizales, y</p> <p>b) Las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, con la asesoría de sus organizaciones y/o de los comités de etnoeducación de la comunidad, donde los hubiere.</p> <p>Artículo 11. Los docentes para cada grupo étnico serán seleccionados teniendo en cuenta sus usos y costumbres, el grado de compenetración con su cultura, compromiso, vocación, responsabilidad, sentido de pertenencia a su pueblo, capacidad investigativa, pedagógica y de articulación con los conocimientos y saberes de otras culturas.</p> <p>En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, se seleccionarán a los educadores para laborar en sus territorios, preferiblemente entre los miembros de las comunidades en ellas radicadas.</p> <p>En las comunidades con tradición lingüística propia, el maestro debe ser bilingüe, para lo cual deberá acreditar conocimientos y manejo de la lengua de la comunidad y del castellano.</p> <p>Artículo 12. De conformidad con lo previsto en los artículos 62, 115 y 116 de la Ley 115 de 1994 y en las normas especiales vigentes que rigen la vinculación de etnoeducadores, para el nombramiento de docentes indígenas y de directivos docentes indígenas con el fin de prestar sus</p>



	<p>servicios en sus respectivas comunidades, podrá excepcionarse del requisito del título de licenciado o de normalista y del concurso.</p> <p>En el evento de existir personal escalafonado, titulado o en formación dentro de los miembros del respectivo grupo étnico que se encuentren en capacidad y disponibilidad para prestar el servicio como etnoeducadores, éste tendrá prelación para ser vinculado.</p> <p>Artículo 13. Los concursos para nombramiento de docentes de las comunidades negras y raizales, deben responder a los criterios previamente establecidos por las instancias de concertación de las mismas».</p>
Ley 70 de 1993	<p>Artículo 42. «[...] El Ministerio de Educación formulará y ejecutará una política de etnoeducación para las comunidades negras y creará una comisión pedagógica, que asesorará dicha política con representantes de las comunidades [...]».⁴⁸</p>

Todo lo expuesto le permite a la Sala señalar, a modo de conclusión, que:

- a. En la actualidad, ante la ausencia de una norma constitucional o legal que disponga otra forma de provisión del empleo, el concurso público de méritos es aplicable en la selección de los etnoeducadores⁴⁹.
- b. No obstante, los pueblos étnicos sí se encuentran excluidos del concurso predicable del sistema educativo general. En ese sentido, la aplicación del concurso en estas comunidades merece consideraciones especiales pues, en tal caso, el mérito debe evaluarse en un contexto de idoneidad cultural, a través de un conjunto de reglas y condiciones particulares, distintas de aquellas por las que se rige el concurso público al que ha de someterse la generalidad del personal docente. Ejemplo de ello es la exigencia del bilingüismo, cuando proceda, o que se exima el requisito de presentar título de licenciado, a los docentes indígenas y a los directivos docentes indígenas que deseen prestar el servicio público educativo en sus respectivos pueblos. De esta forma se garantiza que el concurso sea un instrumento razonable y proporcionado en la vinculación al sistema de carrera del personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas.
- c. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que las normas constitucionales y convencionales en la materia, en el marco de la autonomía que debe reconocerse a los pueblos étnicos, permitirían establecer un mecanismo alternativo de vinculación para los etnoeducadores bajo dos condiciones mínimas. La primera, que en todo caso, sea un sistema que pueda

⁴⁸ La Comisión Pedagógica de Comunidades Negras de que trata el artículo 42 de la Ley 70 de 1993 fue creada a través del Decreto 2249 de 1995.

⁴⁹ En la Sentencia C-208 de 2007, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del concurso como mecanismo de selección de los docentes y directivos docentes al servicio del Estado en comunidades con culturas diferenciadas bajo el entendido que si bien deben ser titulares de un tratamiento especial, esto no los exime de las normas constitucionales relativas al acceso, permanencia y retiro de la función pública.



asegurar el contenido prestacional irreductible del servicio educativo en estas comunidades, esto es, su asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad. De allí la importancia de resaltar que, en todo caso, dicha autonomía ha de medirse en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas con las que cuenten estos pueblos en un determinado momento para asumir el proceso educativo de sus miembros con plena salvaguarda de las garantías exigidas por el ordenamiento superior. La segunda exigencia se refiere a que, por la relevancia constitucional de la materia, cualquier decisión que se tome al respecto debe ser adoptada en el seno del Congreso y estar antecedida de un proceso de participación y cooperación que se manifieste por medio de la consulta previa a estas comunidades.

- d. En la actualidad, pese a los requerimientos realizados por autoridades judiciales y a los esfuerzos de concertación adelantados en instancias administrativas, como los que ha hecho el Ministerio de Educación con algunas comunidades, el Congreso de la República continúa en mora de expedir una regulación integral del concurso para el acceso a las plazas docentes en comunidades y pueblos étnicamente diferenciados.

vi) Jurisprudencia constitucional en relación con la omisión legislativa relativa en materia de vinculación al empleo público de etnoeducador

La Corte Constitucional, en sede de control abstracto de constitucionalidad, ha tenido la oportunidad de advertir la abstención del legislador para regular lo concerniente al acceso al servicio público educativo en el caso de las comunidades étnicamente diferenciadas, según se explica a continuación.

Sentencia C-208 de 2007. Comunidades indígenas. En esta ocasión, al Máximo Tribunal le correspondió analizar la constitucionalidad del Estatuto de Profesionalización Docente, Decreto Ley 1278 de 2002, respecto de su ámbito de aplicación pues a juicio del actor, esa norma no cobijaba al personal docente de establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas.

Al revisar el decreto ley, concluyó que, como este no hizo referencia a grupos sociales que son objeto de especial tratamiento y protección, debía entenderse que los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas quedaron sometidos al concurso público de méritos en iguales condiciones y bajo las mismas reglas previstas para la educación general.

De esta forma, al tratarse de un supuesto que forzosamente debía estar incluido con una regulación especial, para superar la inconstitucionalidad generada por dicha omisión, indicó que resultaba necesario desplazar aquel entendimiento por uno ajustado al contenido de la Carta Política. Así, considerando que no hay



reparo en el hecho de que el Decreto Ley 1278 de 2002 haya establecido las reglas para el acceso al servicio educativo estatal general, procedió a dictar una sentencia integradora declarando su exequibilidad condicionada:

[...] siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a las situaciones administrativas relacionadas con la vinculación, administración y formación de los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena, con la aclaración de que, mientras el legislador procede a expedir un estatuto de profesionalización docente que regule de manera especial la materia, las disposiciones aplicables a los grupos indígenas serán las contenidas en la Ley General de Educación y demás normas complementarias [...]

De acuerdo con ello, la Corte Constitucional moduló los efectos de la sentencia en dos sentidos (i) llenando el vacío que generaba la inaplicabilidad del Estatuto de Profesionalización Docente con la Ley 115 de 1994 (artículos 55 a 63), al igual que con el Decreto 804 de 1995 y (ii) otorgándole a su decisión efectos temporales indeterminados, al someter a condición esa integración normativa en el entendido de que tendría lugar hasta que el Congreso expidiera la respectiva norma con carácter especial.

Sentencia C-666 de 2016. Comunidades negras. Bajo el mismo hilo argumentativo de la Sentencia C-208 de 2007, se demandó el Decreto Ley 1278 de 2002 con el fin de que la Corte Constitucional lo declarase condicionalmente exequible, esta vez, bajo el entendido de que su campo de aplicación excluye a las comunidades negras, raizales y palenqueras.

En la providencia, el Máximo Tribunal Constitucional señaló que las relaciones del Estado con los educadores a su servicio es un asunto que, respecto de las comunidades negras, raizales afrocolombianas y palenqueras, merece un régimen especial debido a las necesidades culturales que de manera particular tienen estas poblaciones, lo que sin duda se refleja en el servicio público de enseñanza. Explicó que, en el ámbito legislativo, la única diferencia entre dichas comunidades y las indígenas se encuentra en lo dispuesto en la Ley 70 de 1993 en relación con las primeras. A pesar de ello, concluyó que esta ley «[...] tampoco puede entenderse como la normativa que desarrolla de manera íntegra o parcial, la relación entre el Estado y los educadores de las comunidades negras. De hecho, únicamente su artículo 42 se refiere a esta materia [...]».

En armonía con ello, concluyó que, al igual que como sostuvo la Corporación en la Sentencia C-208 de 2007, en el caso de las comunidades negras, también se presentó una omisión legislativa relativa y por ello declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2 del Decreto Ley 1278 de 2002, que establece el ámbito de aplicación del Estatuto de Profesionalización Docente, «[...] siempre y cuando se entienda que el mismo no es aplicable a los docentes y directivos docentes en los establecimientos educativos estatales que prestan sus servicios a las



comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y a aquellas ubicados en sus territorios».

Sin embargo, en este caso resolvió diferir los efectos de la decisión por el término de un año contado a partir de su notificación⁵⁰, lo que supuso «[...] mantener temporalmente dentro del ordenamiento jurídico la interpretación contraria a la Carta, conforme a la cual el Decreto 1278 de 2002 es aplicable a los docentes y directivos docentes que presten sus servicios a las comunidades negras o dentro de sus territorios, dándole tiempo razonable al Legislador para regular la materia [...]». El referido término venció el 11 de enero de 2018.

Para apartarse de la manera en que se modularon los efectos de la Sentencia C-208 de 2007 razonó que la medida que adoptó tal providencia no pretendió tener carácter permanente, sin embargo así parecía serlo en la práctica debido a la inacción del Congreso. En tales condiciones, estimó más ajustado que, respecto de los docentes de las comunidades negras, en lugar de «[...] integrar el vacío normativo con un régimen jurídico precario y a todas luces incompleto [...]», se permitiera la aplicación del Estatuto de Profesionalización Docente por el término de un año. En su criterio, esta forma de proceder tiende a proteger de mejor manera los derechos y bienes jurídicos involucrados, tanto de los docentes como de los educandos, sacrificándolos en la menor medida posible.

El llamado al Congreso de la República para que se ocupe de expedir una regulación especial en la materia fue reiterado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-011 de 2018⁵¹, así como por el Consejo de Estado, Sección Quinta, a través del fallo de tutela del 16 de julio de 2020⁵².

vii) El Decreto 3323 de 2005⁵³

El tan citado Decreto 1278 de 2002 plasmó el concurso público y abierto de méritos como el procedimiento de ingreso al servicio educativo estatal. Su artículo 9 se refirió de manera general a las etapas que lo componen, señalando las siguientes: convocatoria; inscripciones y presentación de la documentación; verificación de requisitos y publicación de los admitidos a las pruebas; selección mediante prueba de aptitudes y competencias básicas; publicación de resultados

⁵⁰ Esta tuvo lugar por medio de edicto fijado el 16 de diciembre de 2016 y desfijado el 11 de enero de 2017.

⁵¹ Es importante señalar que la Sentencia SU-011 de 2018 dio aplicación al Decreto Ley 1278 de 2002, así como a su reglamentario 3323 de 2005, hoy demandado, toda vez que en ese caso se discutían aspectos relativos a la vinculación docente en las comunidades negras, por lo que, con fundamento en los efectos diferidos que previó la Sentencia C-666 de 2016, concluyó que aquellas «[...] normas estaban vigentes y produciendo efectos para esta población en el desarrollo de todas las etapas de la actual controversia [...]».

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicación 11001-03-15-000-2019-01291-01 (AC).

⁵³ «por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones».



de selección por prueba de aptitud y competencias básicas; aplicación de la prueba psicotécnica, la entrevista y valoración de antecedentes; clasificación; publicación de resultados; y listado de elegibles por nivel educativo y área de conocimiento, en orden descendente de puntaje para cada uno de ellos. Además, el mismo artículo indicó que el concurso «[...] se realizará según reglamentación que establezca el Gobierno Nacional [...]».

En desarrollo de dicho mandato, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3323 de 2005, cuyo objeto consiste en reglamentar el concurso de méritos para la selección de los etnoeducadores afrocolombianos y raizales, en aras de proveer una planta de cargos de manera conjunta entre la Nación y las entidades territoriales certificadas en el servicio educativo estatal, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 1278 de 2002 y el Decreto 804 de 1995.

Ahora bien, para los efectos del presente proceso, interesa mencionar, de manera general, que el acto demandado se ocupó de la siguiente temática: Estableció los principios⁵⁴ por los que se rige el concurso para estos etnoeducadores; su estructura o etapas⁵⁵; la posibilidad de traslado de los etnodocentes; los requisitos para identificar y reservar las vacantes a proveer; el procedimiento a seguir para citar a convocatoria, así como el contenido de esta; los requisitos y pasos para la inscripción⁵⁶; la aplicación de una prueba integral etnoeducativa y sus componentes⁵⁷; las reglas relativas a la publicación de los resultados de las pruebas; la valoración de antecedentes y entrevista con un

⁵⁴ Los concursos para las comunidades en comento se rigen por los **principios** de objetividad, imparcialidad, confiabilidad, transparencia; igualdad de oportunidades; territorialidad; identidad; al igual que por los establecidos en el artículo 2 del Decreto 804 de 1995 (Artículo 2 del Decreto 3323 de 2005 y Art. 2.4.1.2.2. del Decreto 1075 de 2015).

⁵⁵ Las etapas de dicho concurso de méritos son (i) la convocatoria; (ii) la inscripción y publicación de admitidos a las pruebas; (iii) la realización de una prueba integral etnoeducativa; (iv) la publicación de los resultados; (v) la valoración de antecedentes y entrevista, (vi) la conformación y publicación de las listas de elegibles; y (vii) el nombramiento en período de prueba (Artículo 3 del Decreto 3323 de 2005 y Art. 2.4.1.2.3. del Decreto 1075 de 2015).

⁵⁶ Al respecto, el artículo 8 del Decreto 3323 de 2005, artículo 2.4.1.2.8 del Decreto 1075 de 2015 señaló «Podrá inscribirse en el concurso toda persona que mantenga conciencia de su identidad como criterio fundamental para determinar su carácter y pertenencia étnica afrocolombiana y raizal de acuerdo con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, incorporado a la legislación colombiana mediante la Ley 21 de 1991, artículos 1, literal 2, así como lo establecido en la Ley 70 de 1993 artículo 2°, numeral 5.»

⁵⁷ Sobre el particular, el artículo 9 del Decreto 3323 de 2005, artículo 2.4.1.2.9 del Decreto 1075 de 2015 dispuso «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.

También se evaluarán los niveles de dominio en conocimientos 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.

Parágrafo. Los contenidos específicos de lo afrocolombiano y raizal de la prueba integral etnoeducativa serán diseñados en un trabajo conjunto y coordinado entre la Comisión Nacional del Servicio Civil y una comisión representativa de la Comisión Pedagógica Nacional conformada para este fin, de no más de cinco (5) integrantes ni menos de tres (3), designados para períodos de dos años.»



enfoque étnico⁵⁸; la valoración de la prueba y la conformación de las listas de elegibles; el nombramiento en periodo de prueba y el otorgamiento de avales de reconocimiento cultural por los Consejos Comunitarios como requisito para este último; la garantía de participación de la Comisión Pedagógica Nacional para las Comunidades Negras en el desarrollo del concurso, entre otros.

viii) Caso concreto

El **primer argumento** que expuso la parte demandante para soportar la violación de las normas que estima transgredidas, consiste en que el concurso público de méritos no es aplicable como mecanismo de selección para la provisión del empleo público de etnoeducadores afrocolombianos y raizales.

La Sala desestimaré tal razonamiento con base en las siguientes consideraciones. Según se evidenció, ni en el Convenio 169 de la OIT; ni en la Constitución Política (arts. 7, 10, 67, 68, 70, 72 y 125); ni en las Leyes 70 de 1993 y 115 de 1994 ni en el Decreto 804 de 1995 existe una norma que contemple un

⁵⁸ De esta etapa interesa resaltar los siguientes apartes del artículo 11 del Decreto 3323 de 2005, artículo 2.4.1.2.11 del Decreto 1075 de 2015: «[...] El jurado realizará la valoración de antecedentes con el propósito de analizar los méritos académicos y la experiencia de los aspirantes. Para este efecto la entidad territorial certificada adoptará y difundirá la tabla de valoración de antecedentes de conformidad con los criterios que fije conjuntamente la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras y la Comisión Nacional del Servicio Civil. El aspirante deberá acreditar uno de los siguientes títulos: Normalista Superior, Licenciado en Educación o título profesional de conformidad con lo establecido en el Decreto–ley 1278 de 2002; o título de tecnólogo [...]

El aspirante citado presentará la entrevista ante un jurado compuesto por tres (3) miembros de la Comisión Pedagógica Nacional o por quien ella designe y dos (2) integrantes designados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el caso de San Basilio de Palenque y San Andrés, Providencia y Santa Catalina, la Comisión Nacional del Servicio Civil designarán un comité que incluirá miembros de la Comisión Pedagógica Nacional para las Comunidades Negras. Este comité evaluará el nivel de competencia del aspirante en lengua materna e inglés para el caso de San Andrés. Esta prueba se realizará en el momento de la entrevista.

La entrevista tiene el propósito de apreciar las condiciones personales y profesionales y el grado de compenetración con su cultura y quehacer de los aspirantes frente al perfil del cargo correspondiente, tendrá tres (3) componentes básicos: conocimiento del contexto educativo, manejo práctico de situaciones educativas y actitud frente al medio en el que ejercerá el cargo. El jurado contará con un instrumento previamente elaborado por la entidad territorial certificada según el protocolo establecido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa consulta a la Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras, y para el registro de los resultados de la entrevista.

El aspirante en la entrevista deberá efectuar una sustentación verbal del proyecto etnoeducativo, aportado en el momento establecido en la convocatoria para presentar los documentos que acrediten los requisitos de títulos y experiencia relacionados con el cargo para el cual concursa, orientada al buen desarrollo del proceso etnoeducativo afrocolombiano y raizal, cuya presentación escrita no podrá sobrepasar el número de cinco (5) páginas y estará basada en los siguientes criterios:

- a) Demostrar una visión del contexto que muestre conocimiento general de la comunidad con la que aspira trabajar;
- b) Definir el modelo pedagógico con el cual implementará el proyecto etnoeducativo;
- c) Establecer los contenidos curriculares en los cuales basará el proyecto etnoeducativo;
- d) Presentar los métodos de evaluación del proyecto etnoeducativo;
- e) Describir el aporte que el proyecto etnoeducativo dará a la institución o centro educativo y a la comunidad en general [...]



mecanismo alterno al concurso como forma de provisión del empleo público de etnoeducador. Por el contrario, el artículo 13 del Decreto 804 de 1995 lo prevé expresamente cuando dispone que «Los concursos para nombramiento de docentes de las comunidades negras y raizales, deben responder a los criterios previamente establecidos por las instancias de concertación de las mismas».

En tales condiciones resulta acertada la conclusión según la cual, bajo el ordenamiento jurídico vigente, ese sistema de selección es aplicable al personal docente de las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales. En efecto, la Corte Constitucional ha avalado la consagración del concurso para la provisión de cargos docentes y directivos docentes en comunidades con culturas diferenciadas, así:

[...] Debe aclarar la Corte que no cuestiona el hecho de que el ingreso de los docentes y directivos docentes al servicio educativo estatal, tanto para la cultura mayoritaria como para las comunidades indígenas, se pueda llevar a cabo mediante el sistema de carrera y a través del concurso público de méritos, toda vez que, como quedó dicho al citar el artículo 125 Superior, la regla general para el acceso a la función pública es precisamente el sistema de carrera [...]

Así las cosas, aun cuando las comunidades indígenas, en virtud de los derechos a la identidad cultural y educativa, son titulares de un tratamiento especial en relación con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes estatales, ello no desvirtúa su sometimiento a las normas constitucionales sobre las formas de acceso, permanencia y retiro de la función pública, las cuales, además, buscan brindarles a todos los docentes estatales, sin distingo de razas, las garantías propias de los sistemas de administración de personal como son la igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad laboral y la posibilidad de ascender dentro de la carrera [...]⁵⁹

De esta forma queda sin sustento la alegación de los demandantes tendiente a señalar que las comunidades negras, afrodescendientes, palenqueras y raizales se encuentran excluidas del concurso de méritos como sistema de selección para la provisión del empleo público de etnoeducador. En consecuencia, el decreto enjuiciado no incurre en causal de nulidad por el solo hecho de consagrar y regular la aplicación del concurso de méritos respecto de dicho personal docente.

Ahora bien, un **segundo argumento** de los demandantes razona que, por el hecho de ser un decreto reglamentario del Decreto Ley 1278 de 2002, la norma acusada extendió la aplicación del régimen de carrera docente general a los maestros estatales de las comunidades negras, raizales y palenqueras, desconociendo que el sistema de vinculación y administración del empleo docente y directivo docente en estas poblaciones merece una regulación especial, que atienda sus necesidades culturales específicas.

⁵⁹ Sentencia C-208 de 2007, Corte Constitucional.



Por esta vía, estimaron vulneradas las siguientes normas: el Convenio 169 de la OIT; los artículos 4, 7, 13, 68, 70, 72, 93 y 125 de la Constitución Política; el artículo 1 de la Ley 70 de 1993; el 62 de la Ley 115 de 1994; el artículo 11 del Decreto 804 de 1995, así como las Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016.

Frente a esta censura, la tesis de la Sala es que le asiste mérito a los demandantes y, por lo tanto, hay lugar a anular el acto administrativo enjuiciado. Con tal fin, se apela a los siguientes razonamientos.

Aunque es cierto que el concurso público de méritos es aplicable a la vinculación de los docentes estatales que se desempeñan al servicio de los pueblos negros, afrodescendientes, raizales y palenqueros, no cabe duda de que el Convenio 169 de la OIT, en armonía con los artículos 7, 67 y 68 constitucionales, exigen la creación de un sistema de etnoeducación en el que, por supuesto, uno de los aspectos que se regulen de manera especial sea el régimen jurídico para acceder y permanecer en tales cargos. Así lo reafirman las Sentencias C-666 de 2016 y SU-011 de 2018.

A juicio de la Sala, el Decreto 3323 de 2005 desconoce el principio de diversidad étnica y cultural en sus manifestaciones como derecho fundamental a la identidad cultural y educativa.

Como se explicó ampliamente en los acápites que anteceden, la diversidad étnica y cultural se encuentra contemplada en la Constitución de 1991, en el catálogo de principios fundamentales del Estado. Su estrecho vínculo con otros principios y valores que son transversales a la Carta Política es innegable. En efecto, su consagración se proyecta como la expresión de un Estado pluralista, democrático y participativo. Además, otro de los mayores sustentos del referido mandato es la igualdad, que se manifiesta desde el reconocimiento de la diferencia con el propósito de evitar que a raíz de ella se generen tratos segregacionistas pero también para promover la salvaguarda de aquellos rasgos culturales que distinguen a las comunidades étnicas de la población mayoritaria, como una forma de discriminación positiva.

Desarrollo de aquel principio es el derecho a la identidad cultural y, a su vez, una expresión de este último se encuentra en el derecho fundamental que tienen los grupos negros, raizales, palenqueros y afrocolombianos a cultivar, conservar y transmitir sus tradiciones, usos, costumbres, creencias, lengua, valores y en general su forma de ver y vivir la vida.

También se indicó que la principal herramienta para alcanzar dicho objetivo es la educación que se imparte a quienes son integrantes de estos grupos sociales. De allí la importancia de que el Estado adopte todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho que les asiste a recibir un servicio educativo étnicamente



diferenciado, que responda a sus necesidades culturales a través del diseño de programas de formación especiales.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, ha quedado establecido que el ámbito de aplicación del Decreto 1278 de 2002 es ajeno a las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras toda vez que, en atención a los derechos de identidad cultural e identidad educativa, estas merecen un régimen jurídico especial de vinculación y administración del personal oficial docente que ha de impartir la enseñanza en sus poblaciones.

Así las cosas, dado que el Decreto 3323 de 2005 se expidió como una norma reglamentaria del Decreto 1278 de 2002 con el fin de regular el concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, la Sala concluye que aquel transgredió el principio de identidad étnica y cultural en la medida en que obvió la creación de un verdadero sistema normativo especial que atendiera a las necesidades educativas igualmente especiales que tienen las referidas comunidades étnicas, sistema que, además, correspondía establecer al legislador.

En efecto, otro importante motivo para la prosperidad de las pretensiones que formularon los demandantes se encuentra en la transgresión del principio de reserva de ley. Según se afirmó, esta figura constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. En ese sentido, la reserva legal es un mecanismo constitucional que permite proteger el reparto de competencias entre el legislador y la administración pública o, si se quiere, entre la ley y el reglamento.

En las normas que la parte demandante consideró vulneradas se encuentran aquellos artículos constitucionales que consagran la reserva de ley tratándose del servicio público educativo y del sistema de carrera. En este caso, ha quedado suficientemente claro que el Decreto 3323 de 2005 goza de naturaleza reglamentaria en cuanto fue expedido por el presidente con fundamento en el artículo 189 Superior, numeral 11. También se explicó que a la fecha no existe una norma con rango y fuerza de ley que consagre un régimen especial respecto de las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Visto lo anterior, resulta plausible sostener que el acto administrativo examinado desconoció los artículos 67, 68, 125, 150 y 365 Constitucionales toda vez que no tenía una cobertura legal apropiada a partir de la cual pudiera concluirse que su expedición obedeció al debido ejercicio de la potestad reglamentaria de que goza el Gobierno Nacional y no a la usurpación de una función propia del Congreso de la República.



En conclusión, el Decreto 3323 de 2005 incurrió en la causal de nulidad por infracción de las normas superiores en que debía fundarse por desconocimiento del Convenio 169 de la OIT; los artículos 7, 67, 68, 125, 150 y 365 de la Constitución Política; así como las Sentencias C-208 de 2007 y C-666 de 2016 de la Corte Constitucional.

Lo anterior puesto que no respetó los derechos fundamentales a la identidad cultural y educativa que se derivan del principio de diversidad étnica y cultural, como tampoco el mandato de reserva legal que previó el constituyente en materia de servicio público educativo y de carrera docente. En tales condiciones, procede declarar la nulidad del Decreto 3323 de 2005.

Finalmente, la Sala observa que, al desarrollar el concepto de violación y la argumentación relativa a la nulidad de la disposición acusada, la parte demandante indicó que debía ordenarse el reintegro, sin solución de continuidad y con nombramientos en propiedad, de los etnoeducadores despedidos desde el año 2004. Al respecto, cabe recordar que la vía por la que se tramitó la demanda corresponde al medio de control de nulidad simple, luego no resulta ser el mecanismo procesal idóneo para formular solicitudes de dicha naturaleza, tendentes a lograr el restablecimiento de algún derecho.

7.5. Exhorto al Congreso de la República

Es preciso anotar que a pesar de los múltiples requerimientos realizados al Congreso de la República, se observa con preocupación que en la actualidad aún puede constatarse la deuda legislativa con las comunidades étnicas en materia de educación, lo que se traduce en la transgresión del estatus constitucional especial de que gozan y del propósito del Constituyente de 1991 de reivindicar estos pueblos a través del reconocimiento pleno de su existencia, la eliminación de las prácticas discriminatorias y abusivas de las que han sido objeto históricamente, así como la protección frente al riesgo de desaparición física y cultural.

De acuerdo con ello, en la presente decisión se exhortará al Congreso de la República para que, con la debida garantía de la consulta previa, expida un régimen especial que regule las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas.

8. INTEGRACIÓN POR UNIDAD NORMATIVA

La integración de la unidad normativa ha sido explicada por la Corte Constitucional como un mecanismo de procedencia excepcional que favorece la coherencia interna del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y la economía procesal al permitir que se integren al juicio de control enunciados normativos o



disposiciones jurídicas no demandadas, de manera que pueda darse una solución integral a los problemas jurídicos que envuelve el debate⁶⁰.

De acuerdo con ello, el máximo Tribunal Constitucional ha sostenido que la procedencia para acudir a dicha figura se encuentra limitada a supuestos en los que sea inevitable para que el fallo se torne inocuo o para pronunciarse de fondo sobre la disposición acusada por un ciudadano debido a que (i) la expresión demandada no configura una proposición jurídica completa o (ii) gozando de tal carácter, tiene un vínculo inescindible con otros textos legales.

En la jurisdicción constitucional esta atribución tiene consagración expresa en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991⁶¹, según el cual «La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales».

Ahora bien, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 135 del CPACA, que regula el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, precisó que el Consejo de Estado «[...] podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales [...]». Excepción hecha del referido medio de control, no existe norma que faculte al juez de lo contencioso administrativo en forma expresa a integrar disposiciones o enunciados que no se demandaron, con los que sí lo fueron.

A pesar de lo anterior, considera la Sala que la integración por unidad normativa es una figura aplicable al medio de control de nulidad simple toda vez que los propósitos a los que atiende, como la coherencia del orden normativo, la seguridad jurídica, la economía procesal, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el correcto cumplimiento del deber de administrar justicia y el derecho correlativo de una tutela judicial efectiva, son igualmente deseables y predicables en el juicio de legalidad que corresponde efectuar al juez de lo contencioso administrativo a través del mecanismo de control que consagra el artículo 137 del CPACA.

En reciente pronunciamiento, esta Corporación admitió la facultad que le asiste al juez de lo contencioso administrativo para extender, por unidad normativa, el control de legalidad a apartados del acto administrativo acusado que no fueron demandados en forma expresa e incluso a otros actos administrativos objeto de las pretensiones de nulidad. Al respecto, concluyó que:

[...] cuando los apartes demandados de un acto administrativo se hallan íntima e inescindiblemente unidos a fragmentos o partes no acusados, de

⁶⁰ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-095 de 2019, C-223 de 2017, C-182 de 2016, C-634 de 2011 y C-124 de 2011.

⁶¹ «Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional».



tal manera que aislados no exhiban por sí mismos autonomía y suficiencia ontológica y jurídica, o cuando entre sí configuran una proposición jurídica completa cuya integridad produce unos determinados efectos; puede el juez administrativo extender el control de legalidad a los apartados no señalados por el demandante, ya que el estudio del contenido demandado presupone el análisis de un conjunto normativo más amplio, por lo cual se hace necesaria la integración de una proposición jurídica mayor [...]⁶²

Es importante resaltar que la integración de la unidad normativa es de carácter excepcional, por ello, tratándose de preceptos autónomos que no fueron demandados, su aplicación se justifica únicamente cuando con ella se busca evitar que la sentencia en la que se declara la nulidad de un acto administrativo termine siendo inocua⁶³. En dicha hipótesis, la figura tiene sustento en cuanto garantiza la defensa del orden jurídico abstracto, previniendo que, pese a la anulación de un acto, pervivan en el ordenamiento jurídico otros con el mismo contenido o con los que guarda una relación inescindible.

Así, en los casos en que la disposición demandada constituye una proposición jurídica completa y autónoma, la procedencia de integrar la unidad normativa se encuentra condicionada a que vaya a proferirse una decisión de inexecutableidad, cuando el control judicial corresponde a la Corte Constitucional, o en la que se declare la nulidad de un acto administrativo, en aquellos eventos en que el examen de legalidad lo realiza la jurisdicción de lo contencioso administrativo. De allí que en estos supuestos la integración deba efectuarse una vez resuelto el o los problemas jurídicos concernientes a la litis.

Lo contrario, es decir, integrar el examen judicial con preceptos que, teniendo unidad normativa, no fueron demandados para luego concluir oficiosamente que se ajustan al ordenamiento jurídico superior, excede las facultades del juez debido a que, sin que exista una razón constitucionalmente relevante, se desconoce el carácter rogado que le asiste a este tipo de control jurisdiccional.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 13 de agosto de 2018, radicación 11001-03-25-000-2014-01542-00(4972-14).

⁶³ Al respecto, la Corte Constitucional, refiriéndose a la aplicación de la integración normativa de cara al control abstracto de constitucionalidad que le corresponde ejercer, señaló en sentencia C-495 de 2019: «[...] cuando la norma demandada sí dispone de contenido normativo autónomo, pero (i) se encuentra reproducida en otra norma o (ii) tiene una relación directa y estrecha con otra de cuya constitucionalidad se tienen dudas, la integración de la unidad normativa persigue que el fallo de inexecutableidad no sea carente de efectos, es decir, inocuo en su función de garantizar la supremacía constitucional. Esta facultad de integración de la unidad normativa únicamente opera cuando se ha concluido que la norma es inconstitucional y, por lo tanto, la integración de la unidad normativa debe realizarse, en la sentencia, pero luego de concluir que la misma es inexecutable. Es por esta razón que la norma del Decreto 2067 de 1991 dispone que la Corte “podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, **conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales**” (negritas y subrayas no originales). En este evento, realizar la integración de la unidad normativa de entrada, sin saber aún si la norma será declarada inexecutable o no, desconocería el carácter excepcional de esta facultad y permitiría, eventualmente, declarar la exequibilidad oficiosa de normas que no han sido demandadas y frente a las cuales no ha se ha permitido la intervención ciudadana y la intervención fiscal por lo que, se trata de una decisión que pone en riesgo la supremacía constitucional y cercena indebidamente el derecho ciudadano a presentar acciones públicas de inconstitucionalidad, al desconocer el carácter rogado del control de constitucionalidad [...]».



En el caso concreto, las organizaciones demandantes pretendieron únicamente la declaratoria de nulidad del Decreto 3323 de 2005, sin embargo, según se explicó, este fue modificado en varios de sus artículos por el Decreto 140 de 2006⁶⁴ y, además, su contenido fue compilado en el Decreto 1075 de 2015⁶⁵, entre los artículos 2.4.1.2.1. y 2.4.1.2.18, lo que de paso condujo a la derogatoria de los dos primeros, según se explicó.

A juicio de la Sala, hay unidad normativa, tratándose del Decreto 140 de 2006, debido a la relación directa y estrecha con el acto enjuiciado, mientras que, en el caso de los artículos del Decreto 1075 de 2015, aquella se explica en la reproducción del contenido de los primeros dos actos.

Esto, sumado al hecho de que el Decreto 3323 de 2005 desconoció las normas superiores en que debía fundarse y, por ello, hay lugar a anularlo, permite concluir a la Sala que, en este caso, es preciso integrar el control de legalidad con el Decreto 140 de 2006 y con los artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18. del Decreto 1075 de 2015⁶⁶, motivo por el cual la decisión anulatoria también los cobijará. Solo así se garantiza la eficacia real de la presente providencia y el cumplimiento del objeto de los procesos que se adelantan ante esta jurisdicción, que no es otro que lograr «[...] la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico [...]»⁶⁷.

9. DECISIÓN

Por las anteriores consideraciones, la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado anulará el Decreto 3323 de 2005, el 140 de 2006 y los artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación.

Es preciso recordar que, desde 1915⁶⁸, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado de manera reiterada que los efectos en el tiempo de la declaración de nulidad de los actos administrativos generales se retrotraen hasta el momento de su expedición, esto es, que se entiende que esta ha existido desde entonces o

⁶⁴ «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones».

⁶⁵ «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación».

⁶⁶ «por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación».

⁶⁷ Artículo 103, Ley 1437 de 2011.

⁶⁸ Haciendo una lectura del asunto desde el derecho civil se dijo: «[...] la nulidad [...] produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo [...]. Por tanto, declarada la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo [...] necesariamente deben restablecerse las cosas en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de junio de 1915, sin número de radicación (actor: Compañía del puente de Portillo y otro). Citada en: ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN, *op. cit.* pp. 428-429, nota en pie de página n.º 10.



desde siempre (*ex tunc*)⁶⁹. No obstante, también ha definido que los efectos hacia el pasado no comprenden aquellas situaciones jurídicas consolidadas, que son las que por cualquier circunstancia no admiten más discusiones ante la administración ni ante la jurisdicción; por ello, la nulidad del acto general frente a esas situaciones solo rige desde el momento en el que es declarada y hacia el futuro (*ex nunc*)⁷⁰⁻⁷¹.

En ese orden de ideas, a pesar de que la presente decisión tiene efectos retroactivos a la fecha de expedición de los actos administrativos anulados, las situaciones jurídicas consolidadas no podrán modificarse con ocasión de lo aquí resuelto.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶⁹ «En 1934 ya el Consejo de Estado empezó a abordar la cuestión desde el derecho público, lo cual le permitió afirmar que la nulidad de un acto derogado sí es posible en cuanto la derogación “tiene efecto para el futuro [...]”. La anulación, por el contrario [...] lo declara inexistente desde su origen»: Consejo de Estado, auto del 6 de junio de 1934, sin número de radicación (actor: Víctor Pérez). «Esta posición fue confirmada en 1951, donde la derogación con efectos a futuro, se asimiló a la inexequibilidad, para oponerla a la nulidad que “[...] restablece las relaciones jurídicas de las partes al estado que tenían antes del acto declarado nulo”»: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, sentencia del 12 de abril de 1951, rad. 19510412. *Ibidem*, pp. 428-429.

⁷⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 31 de mayo de 1994, rad. 7245; Sección Cuarta, sentencia del 23 de marzo de 2001, rad. 76001-23-24-000-1997-4782-01(11598); Sala Plena, Sala Cuarta Especial de Decisión, sentencia del 4 de diciembre de 2018, rad. 66001-33-31-002-2007-00107-01(AG)REV; Sala Diecinueve Especial de Decisión, sentencia del 1 de octubre de 2019, rad. 66001-23-33-003-2012-00007-01(AG)REV; y Sección Cuarta, sentencia del 6 de agosto de 2020, rad. 08001-23-31-002-2012-00292-01(22384), entre otras.

⁷¹ «Ahora bien: a pesar de esta aparente constante jurisprudencial, el Consejo de Estado también ha sostenido que los efectos de la nulidad son irretróactivos, a futuro, es decir, *ex nunc*. Dos razones han conducido a la jurisprudencia a esta afirmación: la primera de ellas consiste en la asimilación ligera que ha hecho en algunas ocasiones de los actos administrativos generales con leyes en el sentido material, lo cual la conduce a considerar que los efectos de la inexequibilidad son los mismos de la nulidad de esos actos, es decir, *ex nunc*. Esta tesis ha sido sostenida episódicamente en 1964, 1989, 1990, 2011 y 2012. La segunda razón [...] se funda en el hecho de que la nulidad del acto general no afecta automáticamente los actos individuales, los cuales, para poder ser anulados, se requiere que sean demandados después de la declaratoria de nulidad, a condición de que el término de caducidad no haya vencido [...] De lo explicado se puede advertir que las posiciones que ha sostenido el Consejo de Estado no son del todo opuestas ya que las situaciones jurídicas consolidadas son excepción del efecto *ex tunc* y razón de ser del efecto *ex nunc*: cuando el Consejo de Estado afirma que los efectos son retroactivos toma en consideración que se constata el vicio desde su origen, aunque se respetan los derechos adquiridos. Cuando el Consejo de Estado afirma que los efectos son a futuro, lo explica por el respeto de los derechos adquiridos. Es decir que en uno y otro caso la decisión de nulidad no afecta las situaciones que ya no puedan ser discutidas administrativa o judicialmente y, por lo tanto, se trata de situaciones jurídicas consolidadas»: ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN, *op. cit.* pp. 431-433.



FALLA

Primero: Declarar la nulidad del Decreto 3323 de 2005⁷² y, por conformar unidad normativa con este, la del Decreto 140 de 2006⁷³ y la de los artículos 2.4.1.2.1. a 2.4.1.2.18. del Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

La presente decisión no podrá servir de fundamento para modificar las situaciones jurídicas consolidadas.

Segundo: Exhortar al Congreso de la República para que, con la debida garantía de la consulta previa, expida un régimen especial que regule las relaciones entre el Estado y el personal docente de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático correspondiente.

Notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ
VARGAS**
Ausente con permiso

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.



⁷² «Por el cual se reglamenta el proceso de selección mediante concurso para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones»

⁷³ «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 3323 de 2005 y se reglamenta el proceso de selección mediante concurso especial para el ingreso de etnoeducadores afrocolombianos y raizales a la carrera docente, se determinan criterios para su aplicación y se dictan otras disposiciones».