

# CONSEJO DE ESTADO

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO APONTE SANTOS

Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil cinco (2005).-

### **Radicación número 1,690**

**Referencia: ETNOEDUCADORES. INGRESO AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL DE DOCENTES Y DIRECTIVOS DOCENTES PARA ATENCIÓN DE POBLACIÓN INDÍGENA. Aplicación de concurso, procedimiento y requisitos. Estatuto de Profesionalización Docente.**

La señora Ministra de Educación Nacional, doctora Cecilia María Vélez White, solicita concepto de la Sala sobre el régimen jurídico que debe aplicarse para el acceso al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes dedicados a la atención de grupos étnicos y, al efecto formula los siguientes interrogantes:

***"1. ¿El ingreso a la carrera docente de etnoeducadores docentes y directivos docentes para la atención de población indígena debe realizarse mediante concurso público abierto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política Nacional, el artículo 105 de la Ley 115 de 1994, y el artículo 8 del Decreto Ley 1278 de 2002; o podrían excepcionarse del concurso sin que exista disposición de rango legal que así lo disponga?"***

***2. En el caso en que la selección de etnoeducadores docentes y directivos docentes para la atención de población indígena efectivamente deba realizarse mediante concurso abierto ¿Este concurso debe ajustarse a todas las etapas previstas en el Decreto Ley 1278 de 2002, en su artículo 9, o tendría un carácter especial y por ende un procedimiento diferente? En tal caso, ¿Que autoridad puede establecerlo? ¿Las pruebas de aptitud, competencias básicas y prueba psicotécnica, establecidas en el artículo 9 del Decreto Ley 1278 de 2002 serían aplicable a este concurso?"***

***3. ¿Para ingresar a la carrera docente los docentes y directivos docentes etnoeducadores que atiendan población indígena deben cumplir con los requisitos previstos en el artículo 105 y 116 de la Ley 115 de 1994, y 3 y 10 del Decreto Ley 1278 de 2002, o pueden excepcionarse de su cumplimiento sin que exista disposición de rango legal que así lo disponga?"***

***4. ¿Los docentes y directivos docentes etnoeducadores que atiendan población indígena que se vinculen como docentes estatales se rigen por las normas de inscripción, ascenso, evaluación y exclusión del Escalafón Docente establecidas en el Decreto Ley 1278 de 2002?"***

La señora Ministra informa que en ejercicio de las competencias de reglamentación de los concursos para el ingreso a la carrera de los docentes, se procedió a iniciar un proceso de concertación con los pueblos indígenas, y "se han identificado algunos puntos fundamentales, que suscitan diversas interpretaciones: los pueblos indígenas reclaman la aplicación exclusiva del Decreto 804 de 1995, amparados en el artículo 7 de la Constitución" y la no aplicación del decreto ley 1278 de 2002, por no haberse realizado la consulta respectiva a los pueblos indígenas, siendo que dicha norma los afectaría.

### **CONSIDERACIONES:**

#### **Planteamiento del problema jurídico.**

Para resolver los interrogantes formulados, la Sala procede a determinar el régimen jurídico aplicable al ingreso al servicio educativo estatal por parte de los docentes y directivos docentes que atienden población indígena y, particularmente, si están sometidos a un sistema de carrera

y concurso especial o general o, si existen normas legales que establezcan excepciones a su favor de manera que se tenga certeza jurídica sobre el procedimiento a seguir y las pruebas a realizar.

## **1. La Constitución Política protege la diversidad étnica y cultural de la Nación.**

Desde el propio ordenamiento constitucional, la diversidad de los grupos étnicos se encuentra reconocida y protegida en sus diferentes manifestaciones culturales, tradiciones, formas de organización social y económica, sus asentamientos territoriales e incluso en su representación política, de manera que integran la nacionalidad dentro del carácter democrático, participativo y pluralista con el que ontológicamente se identifica la República (art. 1° C.P.).

Así, desde las **perspectivas territorial, política y de la propiedad**, las zonas geográficas indígenas son entidades territoriales, al igual que los departamentos, los distritos y los municipios, y en consecuencia gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y de la ley. Tienen derecho a ejercer las competencias que les correspondan - conforme a la ley orgánica de ordenamiento territorial (arts. 151, 288 y 329 de la C. P.)-, a administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones (arts. 286, 287, 330 de la C. P.); su gobierno está conformado por consejos que se reglamentan según los usos y costumbres de sus comunidades (art. 330 de la C.P.). Las tierras de los resguardos indígenas son de propiedad colectiva, no enajenable. Las relaciones y coordinación con las entidades de las que formen parte, corresponde definir las a la ley (art. 329 C.P.).

**Tratándose de la explotación de recursos naturales** en los territorios indígenas - la cual ha de hacerse sin desmedro de su integridad cultural, social y económica, **el gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades, en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación** (art. 330 parágrafo C.P.).

En fin, las autoridades de los pueblos indígenas ejercen funciones **jurisdiccionales** dentro de su ámbito territorial, conforme a sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. (arts. 246)

Ahora bien, desde la perspectiva **cultural y educativa**, deben resaltarse particularmente, el artículo 7° de la Constitución que consigna expresamente el reconocimiento y protección especial que amerita la diversidad étnica y cultural de la Nación, el artículo 10° en cuanto establece que, además del castellano, las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios y en consonancia con ello, la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias debe ser bilingüe y el 72, que protege los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Así mismo debe destacarse el inciso 5° del artículo 68 de la Carta, del siguiente tenor:

### **Artículo 68. (...)**

*Los integrantes de los grupos étnicos **tendrán derecho a una formación** que respete y desarrolle su identidad cultural. (...)*

De lo anterior puede afirmarse que el ordenamiento constitucional reconoce y garantiza la diversidad étnica y cultural de la Nación y, en desarrollo de ello protege sus tradiciones lingüísticas, su identidad cultural, social y económica, las cuales constituyen verdaderos mandatos que deben ser observados por las autoridades y los particulares, en armonía con las regulaciones que sobre otras materias contenga el régimen jurídico, como es el caso de esta consulta, sobre el acceso a la función pública y en particular, al servicio educativo estatal, que se analiza a continuación.

## **2. Los educadores están sometidos a régimen especial de carrera.**

La ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"* regula el sistema de empleo público, conformando la función pública por quienes prestan servicios personales remunerados,

con vinculación legal y reglamentaria en los organismos y entidades de la administración pública y la cual debe desarrollarse teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad (arts. 1° y 2°).

Esta ley se aplica con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que rige las carreras administrativas especiales, entre ellas la carrera del personal docente.

Ahora bien, no sólo desde esta normatividad general el personal docente se encuentra sujeto a una carrera especial, sino también desde la perspectiva de la regulación de la educación, pues la ley 115 de 1994, denominada ley general de educación, en su artículo 105, parágrafo, establece que **"Los educadores de los servicios educativos estatales tienen el carácter de servidores públicos de régimen especial"**, en armonía con el artículo 115 que dispone;

**"ARTÍCULO 115. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EDUCADORES ESTATALES.** *El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente Ley (...)" (Negrillas de la Sala)*

Establecida la existencia de un régimen especial de carrera para educadores, deben precisarse las normas aplicables para los grupos étnicos.

### **3. La ley General de Educación. Ley 115 de 1994.**

Esta ley expedida por el Congreso en el año de 1994, regula en forma integral la educación como proceso de formación individual y desarrollo social, así como el servicio público educativo.

Para efectos de la consulta es importante resaltar inicialmente, los siguientes aspectos contenidos en ella:

a.- Se fundamenta en los principios constitucionales sobre el derecho a la educación y las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra, así como en su carácter de servicio público garantizado por el Estado tanto en cobertura como en su calidad y mejoramiento permanente.

b. Los fines de la educación son el desarrollo pleno de la personalidad, la formación en el respeto a la vida, a los demás derechos humanos, a la participación, el respeto a la autoridad, a la ley, a la cultura nacional, a la historia y a los símbolos patrios.

También la educación busca adquirir y generar los conocimientos científicos y técnicos más avanzados, desarrollar habilidades prácticas, estudiar y comprender la cultura nacional, la diversidad étnica y crear conciencia para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, entre otros.

c. El título II de la ley se ocupa de la estructura del servicio educativo y profundiza las **modalidades de educación formal, educación no formal y educación informal**. Es bueno precisar que **el presente concepto tiene como referente la regulación legal de la educación formal** para cuya ejecución en los grupos étnicos y en especial las poblaciones indígenas, se requiere vincular al servicio del Estado los educadores que impartirán dicha educación formal.

La educación formal la define la ley 115, así:

**"ARTÍCULO 10. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN FORMAL.** *Se entiende por educación formal aquella que se imparte en establecimientos educativos aprobados, en una **secuencia regular de ciclos lectivos, con sujeción a pautas curriculares progresivas, y conducente a grados y títulos**". (Resalta la Sala).*

A su vez el artículo 11, organiza la educación formal en los niveles de preescolar, con un mínimo de duración de un grado obligatorio, la educación básica con nueve (9) grados, cinco (5) de primaria y cuatro (4) de secundaria y la educación media con una duración de dos (2) grados, al final de los cuales se obtiene el título de bachiller.

Se destaca que entre los objetivos de la educación básica y media académica aparece en forma expresa en los artículos 21-c y 30.h, el desarrollo de las habilidades comunicativas para hablar, leer y escribir en castellano, así como en la lengua materna "en el caso de los grupos étnicos con tradición lingüística propia".

De otra parte, se recuerda que las **áreas del conocimiento obligatorias** en la educación formal distribuidas en el currículo de los 11 años de duración, son: ciencias naturales y educación ambiental, ciencias sociales, historia, geografía, constitución política y democracia, educación artística y cultural, educación ética y en valores humanos, educación física, recreación y deportes, educación religiosa, humanidades, lengua castellana e idiomas extranjeros, matemáticas, tecnología e informática, ciencias económicas, políticas y filosofía. (Art. 23 de la ley 115 de 1994).

El contexto legal así descrito permite a la Sala concluir en el tema de la educación formal, que tanto los niveles educativos previstos por la ley para todos los niños y jóvenes del país, como las áreas del conocimiento obligatorias, cobijan necesariamente a las poblaciones indígenas, no solo por derecho fundamental a la igualdad, sino como concreción de la especial protección constitucional que implica, para subsistir como etnia, la elevación de su nivel de competencia y de conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos dentro del respecto a su cultura, a sus costumbres y a su lengua.

### **3.1 La vinculación de educadores al servicio estatal se realiza a través de concursos públicos abiertos.**

El legislador, desde 1994, mediante la ley 115, definió que el ingreso al servicio educativo público debe realizarse a través del método de concurso, en claro desarrollo de las reglas contenidas en el artículo 125 de la Constitución Política.<sup>1</sup>

En efecto, el artículo 105 de la ley 115 dice:

**"ARTICULO 105. VINCULACIÓN AL SERVICIO EDUCATIVO ESTATAL.** *La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, **sólo podrá efectuarse mediante nombramiento** hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.*

**Únicamente podrán ser nombrados** como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, **quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.**" (Negrillas de la Sala).

Desglosando la anterior disposición la Sala encuentra:

-Que el ingreso o vinculación al servicio público educativo se realiza a través de un acto administrativo de nombramiento.

-Que el acto administrativo de nombramiento debe, necesariamente, fundamentarse en una selección realizada mediante concurso y acreditación de requisitos legales.

-Que la norma no hace excepciones y por tanto, debe aplicarse a todos los docentes, incluidos los etnoeducadores. Cosa distinta es que el concurso para ellos tenga connotaciones especiales, como se verá más adelante.

Sobre este asunto de las excepciones al concurso, se enfatiza que la jurisprudencia constitucional reiterada ubica únicamente en el legislador la facultad de realizarlas. Es así como en sentencia c-837 de 2003, dijo;

*"4.4. Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual, las entidades de derecho público no pueden a través de un*

---

<sup>1</sup> Sobre la exigencia de concurso, la Corte afirma en la Sentencia C - 562 de 1996 "Con la entrada en vigencia de la ley 115 de 1994, la incorporación a la carrera docente no se da

*sólo con la inscripción en el escalafón o la obtención de un título docente, como lo preceptuaba el Decreto Ley 2279/79, sino que es necesario haber sido seleccionado en un concurso previo, además de cumplir con los requisitos legales'*

**reglamento** determinar los casos en que proceda el concurso abierto, asunto reservado al legislador y no al ejecutivo.

Por ello la consolidada jurisprudencia constitucional ha afirmado que "la carrera administrativa, por expreso mandato constitucional, debe ser repujada mediante ley. Por tanto, el régimen de calidades y requisitos necesarios para acceder a los distintos empleos públicos, incluyendo los municipales, debe ser objeto de ella. Se trata pues de un tema que la propia Carta Política, decidió que fuera regulado por el Congreso de la República, foro político y democrático por excelencia; limitando así, tanto al ejecutivo, al impedir que decida sobre la materia, como al legislador para que delegue su potestad en otro órgano estatal." (Se subraya. Sentencia C-570 de 1997),

4.5. *Entonces la norma demandada al disponer que "el reglamento" establecerá los casos en que procederá el concurso abierto desconoce la reserva que la propia Constitución otorga al legislador quien únicamente mediante ley podrá regular el régimen de carrera". (Negrillas de la Sala).*

Igualmente, debe considerarse que ninguna autoridad administrativa podría crear excepciones al concurso abierto, porque en el fondo la excepción significa convertir un cargo de carrera en cargo de libre nombramiento, asunto que también es de reserva legal.

En conclusión, los etnoeducadores deben vincularse al servicio público educativo a través de un concurso abierto de características especiales, como se estudia enseguida.

### **3.2 La normatividad educativa especial para grupos étnicos.**

La ley general de educación, ley 115 de 1994, en el título III. regula las "modalidades de atención educativa a poblaciones" entre las cuales incluye a las personas con limitaciones, a las personas con capacidades excepcionales, la educación para adultos, la educación campesina, la educación para la rehabilitación social y dedica el capítulo III, artículos 55 a 63 a señalar principios y reglas especiales para la "educación para grupos étnicos".

La etnoeducación está definida en el artículo 55, así:

**"ARTÍCULO 55. DEFINICIÓN DE ETNOEDUCACIÓN.** *Se entiende por educación para grupos étnicos la que se ofrece a grupos o comunidades que integran la nacionalidad y que poseen una cultura, una lengua, unas tradiciones y unos fueros propios y autóctonos. Esta educación debe estar ligada al ambiente, al proceso productivo, al proceso social y cultural, con el debido respeto de sus creencias y tradiciones. (...)"* (Resalta la Sala)

Por su parte, el artículo 56 indica que:

**"ARTÍCULO 56. PRINCIPIOS Y FINES.** *La educación en los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación establecidos en la presente ley y tendrá en cuenta además los criterios de integralidad, interculturalidad, diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Tendrá como finalidad afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura".* (Resalta la Sala)

El artículo 57 ordena que la enseñanza "será bilingüe" en los territorios con tradición lingüística propia, y el 58 establece a cargo del Estado la promoción y fomento de la formación de educadores en "el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos".

De las normas mencionadas se concluye que el legislador quiere que la oferta educativa a los grupos étnicos:

- a) Se enmarque dentro de los principios y fines generales de la educación pero adaptándose a específicos criterios y finalidades propias como la integralidad o el afianzamiento de los procesos comunitarios de organización.
- b) Sea bilingüe, lo cual implica tener educadores que manejen el idioma indígena respectivo.
- c) Sea impartida por educadores con formación en las culturas y las lenguas indígenas respectivas, sin que se requiera necesariamente ser originario de la etnia.

### 3.3 La selección de etnoeducadores. Características del concurso. Reglamento.

Atrás se relacionaron los principios y fines de la educación general, los de la etnoeducación en particular, e igualmente se describieron los niveles, duración y contenidos básicos de la llamada educación formal, definiendo que para vincularse como etnoeducador público para impartir ese tipo de educación, se requiere superar un concurso de méritos y llenar otros requisitos. Corresponde ahora avocar el estudio de la normatividad establecida por la ley 115 para la selección de los etnoeducadores. Para ello, hay que iniciar revisando el texto del artículo 62.

*"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 v 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** o adecuará los ya existentes, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta ley y en la Ley 60 de 1993. "(Negrillas y subraya de la Sala)*

Este precepto, tiene una particular significación jurídica, en cuanto constituye un régimen de jerarquía legal de imperativa observancia, de **carácter especial** y, en esta medida, de **aplicación preferente sobre las disposiciones generales**, en las siguientes materias que son objeto de su regulación:

- (i) Introduce el elemento de la concertación con los grupos étnicos para la selección de sus educadores, cuyo alcance se verá más adelante.
- (ii) Prevé un derecho de preferencia en la designación, cuyos beneficiarios son los educadores miembros de la comunidad radicados en ellas.
- (iii) Exige condiciones especiales para los educadores como son la formación en etnoeducación, conocimientos del grupo étnico y particularmente de su lengua materna. También exige que en concertación, el Ministerio establezca programas de formación y profesionalización de etnoeducadores.
- (iv) El régimen de vinculación, administración y formación de los educadores para los grupos étnicos es el **estatuto docente y las normas especiales vigentes aplicables a tales grupos**, por la expresa remisión del artículo.

En síntesis, puede afirmarse que el régimen jurídico aplicable a la selección de etnoeducadores, está integrado por (i) las disposiciones especiales para el ingreso de educadores de los grupos étnicos al servicio estatal de educación contenidas en la ley 115 de 1994, (ii) las normas sobre vinculación, administración y formación de docentes contenidas en el Estatuto de Profesionalización Docente, y (iii) supletoriamente las normas generales de la carrera administrativa. Dentro de este marco legal, ha de ejercerse la potestad reglamentaria e interpretarse las disposiciones que en ejercicio de ella se expidan.

Así las cosas, se impone revisar el alcance de la concertación ordenada en la norma y dilucidar el mecanismo legal para instrumentarla.

### **3.4 Alcance de la concertación de la selección.**

Para la Sala es claro que las normas especiales contenidas en el capítulo de "educación para grupos étnicos", permiten afirmar que la concertación del Estado con los grupos étnicos se refiere en primer lugar, a las bases del reglamento del concurso especial que debe realizarse. No de otra manera, pueden desarrollarse y concretarse los principios contenidos en los artículos 55 al 62, como son la integralidad del proceso educativo, la protección a los "sistemas y prácticas comunitarias de organización" y los programas de formación y profesionalización de los docentes.

No es posible para el Estado, unilateralmente, decidir sobre los elementos señalados, sin tener en cuenta la opinión y consejo de los organismos representativos de las comunidades indígenas.

En segundo lugar, la concertación debe realizarse también en la determinación del educador o educadores que vayan a ser designados para ocupar una plaza específica una vez se tenga la lista de elegibles producto del concurso que ha debido realizarse previamente- Esta concertación se hará en cada Departamento, entre las autoridades territoriales y las autoridades indígenas locales, de acuerdo con el artículo 10 del decreto 804 de 1995.

Sobre este aspecto de la determinación concreta del educador que ocupará la plaza vacante, hay que tener en cuenta que el artículo 62 en su inciso primero crea un derecho de preferencia a favor de los "miembros de las comunidades en ellas radicados". Este derecho de preferencia se constituye en una excepción legal al principio básico de la carrera docente que obliga designar al candidato que haya, ocupado el primer lugar en la lista de elegibles (Art. 11 Decreto ley 1278 de 2002). La forma de concertar la designación y de hacer efectivo el derecho de preferencia se indicará en el decreto reglamentario del concurso.

También, el Gobierno debe prever en el reglamento que expida para regular el concurso, las bases para la elaboración de las pruebas, los puntajes correspondientes para la selección y clasificación, así como el contenido de las pruebas, de manera que permitan evaluar los conocimientos en etnoeducación y en su respectivo grupo, en especial su lengua materna.

### **3.5 El requisito de los títulos académicos de docentes y directivos docentes etnoeducadores.**

En el tema de la presentación de los títulos académicos para la vinculación de etnoeducadores al servicio educativo público, es necesario puntualizar que el inciso segundo del artículo 62 remite expresamente al Estatuto Docente y a las "normas especiales vigentes aplicables a tales grupos". Estas normas especiales, a juicio de la Sala, se encuentran en la segunda parte del inciso primero del mismo artículo. En efecto, allí se establece que: *"Dichos educadores deberán acreditar formación en etnoeducación, poseer conocimientos básicos del respectivo grupo étnico, en especial de su lengua materna, además del castellano"*.

La norma transcrita ha generado varias interpretaciones- Una de ellas, sostiene que los etnoeducadores no requieren acreditar más formación que la de etnoeducación porque el entendimiento razonable del artículo es el de considerar que él contiene una verdadera excepción a la obligación de presentar los títulos contemplados en la ley 115 de 1994 o en el decreto ley 1278 de 2002. Otro enfoque interpretativo plantea que los requisitos señalados en el primer inciso del artículo 62 son adicionales a los requisitos generales exigidos a los demás educadores, porque la sola acreditación de la formación en etnoeducación no suplente los conocimientos requeridos para impartir formación en las materias contempladas en el currículo.