

Bogotá D.C., 1 de Septiembre de 2015

No. de radicación 2015-ER-121896  
solicitud:



2015-EE-100005

Doctor

Asunto: Aplazamiento de aval de reconocimiento de etnoeducador afrodescendiente y raizal.

### OBJETO DE LA CONSULTA

*"(...) Respetuosamente me permito remitir (...) copia de la documentación correspondiente al derecho de petición radicado por los representantes de los CONSEJOS COMUNITARIOS DE COMUNIDADES NEGRAS (...) en el referido derecho de petición se solicita al Alcalde (...) prorrogar por diez (10) días más, el término, inicialmente fijado de cinco (5) días a partir de la fecha de elección de plaza, el AVAL DE RECONOCIMIENTO CULTURAL Y/O COMUNITARIO como requisito previo para efectos de posesión de quienes según sus méritos logran obtener una plaza en una institución educativa y el correspondiente nombramiento en periodo de prueba; requisito previsto en el Artículo 17, del Decreto 140 de 2006. (...)" (SIC).*

### NORMAS Y CONCEPTO

Previo a emitir pronunciamiento concreto sobre su consulta, cabe advertir que de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 5012 de 2009, por el cual se modificó la estructura del Ministerio de Educación Nacional (MEN) y se determina la función de sus dependencias, este Ministerio no es el competente para definir situaciones particulares y concretas en relación con los derechos o situaciones administrativas de personas particulares o servidores públicos.

No obstante, se presentan las siguientes consideraciones normativas y jurisprudenciales que pueden orientar la toma de la decisión por parte de la autoridad correspondiente, considerando que no es competencia de este Ministerio asumir las facultades otorgadas a otras autoridades administrativas.

La Constitución Política de Colombia en relación con la consulta establece:

**"Artículo 4.** (...) *Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.*

(...)

**Artículo 6.** *Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por*

*infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.  
(...)*

**Artículo 287.** *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
  - 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*
  - 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*
  - 4. Participar en las rentas nacionales.*
- (...)*

**Artículo Transitorio 55.** *Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.*

*En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.*

*La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.*

*La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.*

*Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista."*

La Ley 70 de 1993, "Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política", en cuanto a educación prescribe:

**Artículo 32.** *El Estado colombiano reconoce y garantiza a las comunidades negras el derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales.*

*La autoridad competente adoptará las medidas necesarias para que en cada uno de los niveles educativos, los currículos se adapten a esta disposición.*

**Artículo 34.** *La educación para las comunidades negras debe tener en cuenta el medio ambiente, el proceso productivo y toda la vida social y cultural de estas comunidades. En consecuencia, los programas curriculares asegurarán y reflejarán el respeto y el fomento de su patrimonio económico, natural, cultural y social, sus valores artísticos, sus medios de expresión y sus creencias religiosas. Lo currículos*

*deben partir de la cultura de las comunidades negras para desarrollar las diferentes actividades y destrezas en los individuos y en el grupo, necesarios para desenvolverse en su medio social.*

**Artículo 35.** *Los programas y los servicios de educación destinados por el Estado a las comunidades negras deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con ellas, a fin de responder a sus necesidades particulares y deben abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores, sus formas lingüísticas y dialectales y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.*

*El Estado debe reconocer y garantizar el derecho de las comunidades negras a crear sus propias instituciones de educación y comunicación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas establecidas por la autoridad competente.*

**Artículo 36.** *La educación para las comunidades negras debe desarrollar conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en condiciones de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.*

**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.”*

El Decreto Único Reglamentario del Sector Educación, Decreto 1075 de 2015, establece:

**"Artículo 1.1.3.4. Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras.** *La Comisión Pedagógica Nacional de Comunidades Negras tiene entre sus funciones la de asesorar la elaboración, formulación y ejecución de políticas de etnoeducación y la construcción de los currículos correspondientes para la prestación del servicio educativo, acorde con las necesidades, intereses o expectativas de las comunidades negras.*

*(Decreto 5012 de 2009, artículo 4 y Decreto 2249 de 1995, artículo 4, numeral 1).*

*(...)*

**Artículo 2.4.1.2.9. Componentes de la prueba integral etnoeducativa.** Los componentes de la prueba integral etnoeducativa medirán el conocimiento de los aspirantes en los saberes básicos y específicos de dichos pueblos, concretamente en los aspectos de territorialidad, culturas locales, interculturalidad, organización social, historia, relaciones interétnicas y diálogo de saberes, así como en los principios de etnoeducación, pedagogía, derechos y legislación etnoeducativa básica.

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.  
(Decreto 3323 de 2005, artículo 9).

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

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

*(Decreto 3323 de 2005, artículo 17, modificado por el Decreto 140 de 2006, artículo 4)."*

En Colombia el principio de legalidad ha sido entendido como una expresión de racionalización del ejercicio del poder, esto es, como el sometimiento de las actuaciones de quienes desempeñan funciones públicas a norma previa y expresa que las faculten. Dicho principio está formulado de manera expresa en la Carta Política, entre otros en el artículo 6 citado.

Por lo anterior, mientras la norma que establece el plazo para la entrega del aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad competente del respectivo Consejo Comunitario no sea modificada o derogada por norma de igual o mayor jerarquía, se encuentra vigente.

No obstante, es necesario hacer unas precisiones en relación con el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, con el cual deben contar los docentes para ser nombrados, como quiera que este requisito hace parte de un proceso amplio que es la convocatoria del concurso docente.

Así, téngase en cuenta que la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos vacantes de etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales, convocatorias 221 a 249 de 2012, luego de avanzar en un proceso de consulta con representantes de las Comunidades Afrocolombianas Negras, Raizales y Palenqueras, miembros de la

Comisión Pedagógica Nacional para Comunidades Negras –CPN-. Proceso que permitió llegar a acuerdos básicos para realizar el concurso de etnoeducadores que ejerzan cargos en estas comunidades, y que se tuvieron en cuenta en las diferentes convocatorias abiertas, dependiendo de cada entidad territorial certificada en educación. Así mismo, estos acuerdos permitieron incluir el componente etnoeducativo afrocolombiano dentro de las diferentes etapas y pruebas del concurso, garantizando el reconocimiento y protección de la cultura y la diversidad que representan estos pueblos.

De esta manera se observa cómo este concurso ha buscado garantizar la consecución de dos principios fundamentales del Estado colombiano, el respeto al derecho fundamental a la consulta previa de las Comunidades Afrocolombianas Negras, Raizales y Palenqueras, y el principio del concurso de méritos como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa.

La consulta previa es un derecho fundamental contenido en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, derecho fundamental que ha sido así reconocido en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras, T-576 de 2014, T-172 de 2013, T-376 de 2012, T-129 de 2011 y C-366 de 2011.

Este derecho a la consulta previa se reconoce a las comunidades afrodescendientes, teniendo en cuenta que estas comunidades son reconocidas como pueblos tribales o grupos étnicos que se enmarcan dentro de lo prescrito en el Convenio 169 de la OIT. Según las palabras de la Corte Constitucional, quien en la sentencia T-576 de 2014, recogió lo dicho en la sentencia C-169 de 2001, concluyendo: *“El fallo indicó que el término (pueblo tribal) comprende a aquellos grupos sociales que reúnen los requisitos exigidos por el instrumento internacional: rasgos culturales y sociales compartidos (elemento objetivo) y una conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad (elemento subjetivo). Como las comunidades negras, tal y como fueron definidas por la Ley 70 de 1993, reúnen ambos elementos, decidió que era posible considerarlas un pueblo tribal, en los términos del Convenio 169”*.

Así mismo, en esta sentencia T-576 de 2014, la Corte Constitucional expresó lo siguiente sobre los asuntos que deben ser consultados: *“De acuerdo con el instrumento internacional, sus Estados signatarios tiene la obligación de consultar i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales ; ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan ; iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad ; iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional ; v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua.”*

Finalmente, en relación con las reglas que se han de seguir para la aplicación de la consulta previa, la Sentencia T-376 de 2012 indicó:

*“(i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no*

tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social”.

Así mismo la sentencia de la Corte Constitucional C-891 de 2002, especifica que el derecho a la consulta previa no es absoluto, en los siguientes términos:

*“El derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito sine qua non para radicar el proyecto de ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista. Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. **Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero.**”*

Ahora bien, en el presente caso, este derecho a la consulta previa debe ser armonizado con el principio del concurso de méritos como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, por cuanto, como ha indicado la Corte Constitucional, Sentencia T-186 de 2013, *“Existe un mandato constitucional expreso, de acuerdo con el cual el ingreso, permanencia y retiro del empleo público debe basarse en la evaluación acerca del mérito del aspirante o servidor del Estado. Por ende, la carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos. A su vez, **la superación satisfactoria del concurso de méritos confiere al aspirante seleccionado un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible respecto de la Administración y de los servidores que ejercen el cargo ofertado en condición de provisionalidad**”*.

De esta forma, observa esta Oficina Asesora, en primera medida, que el presente concurso abierto de méritos para etnoeducadores directivos docentes y docentes que prestan su servicio educativo a población afrocolombiana negra, raizal y palenquera en establecimientos educativos oficiales ha sido parte de un amplio proceso de concertación, que ha permitido la participación de la comunidad afrodescendiente, cuyos acuerdos se han visto reflejados en el presente concurso, por lo que se entiende que este concurso ha cumplido con los requisitos que exige el derecho a la consulta previa y que fueron ampliamente referidos en este concepto.

Consecuentemente con esto, es que el aval de reconocimiento cultural expedido por la autoridad comunitaria competente del respectivo Consejo Comunitario, prescrito en el artículo 2.4.1.2.17 del Decreto 1075 de 2015, no puede entenderse como una

manifestación absoluta del derecho a la consulta previa de las comunidades afrodescendientes, que se entienda como un veto y descalificación de todo el proceso adelantado del concurso abierto de méritos, sino que debe entenderse como una parte más de este derecho. Además, por cuanto, este aval no puede estatuirse como el único elemento que determine el mérito para ingresar al empleo público, dado que esto significaría la violación de los derechos del aspirante que está concursando.

Así, las cosas, para que el proceso de reconocimiento de este aval no se torne en un proceso arbitrario, que viole derechos de quienes participaron y superaron satisfactoriamente el concurso de méritos, esta Oficina considera que las Comunidades deben dar a conocer previamente a los interesados los criterios de valoración, orientados por lo ordenado en el artículo 2.4.1.2.9. del Decreto 1075 de 2015. En caso de ser necesario se debe permitir la participación de los aspirantes, así mismo, la decisión de otorgar el aval de reconocimiento cultural debe ser una decisión motivada, fundada en los criterios objetivos previamente establecidos, de tal forma que no sea una decisión arbitraria, sino que cumpla con el fin de mejorar la calidad y pertinencia del servicio educativo y, sobre todo, busque preservar la historia, tradiciones, usos y costumbres de la población afrocolombiana.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*.

Atentamente,

**INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ**

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

**Anexo:**