

Sentencia T-116/11

COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-
Reiteración de jurisprudencia/**COMUNIDADES INDIGENAS-**
Legitimación por activa en los casos que reclaman protección de sus derechos fundamentales por medio de acción de tutela

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Protección por tutela

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION DE LAS COMUNIDADES ETNICAS Y SUS INTEGRANTES-Debe respetar y desarrollar su identidad cultural

Este derecho radica en cabeza de los integrantes de las comunidades étnicas individualmente considerados, pues así se desprende del texto del artículo 68 de la Constitución, pero también la comunidad étnica como sujeto de derechos fundamentales es titular del mismo pues, como se verá, se ha previsto la participación de la misma en el proceso educativo como mecanismo para asegurar que la educación impartida a sus miembros responda a sus patrones culturales. En este entendido los indígenas y afrodescendientes pueden reclamar de forma individual el derecho fundamental anotado pero también pueden hacerlo en nombre de su comunidad para exigir la participación de la misma en el ámbito educativo. Así mismo la Sala considera que, como consecuencia de la exclusión mencionada, se configuró una violación del derecho fundamental de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y sus miembros a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural por dos razones. En primer lugar ya que una institución educativa en la que estudian, en proporción importante -45.5%-, miembros de la etnia Páez no les ofrecerá una educación que respete y desarrolle su identidad cultural a pesar de que la Constitución (artículo 68) y el Convenio 169 de la OIT (artículo 27), les reconocen ese derecho a los integrantes de los grupos étnicos. En segundo lugar debido a que la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana no podrá participar en el proceso educativo que adelantan sus miembros en el establecimiento educativo mencionado como lo prevén el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT, la ley 115 de 1994 y el decreto 804 de 1995. Ya se explicó que, según el Relator

Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y la jurisprudencia constitucional, la participación de la comunidad étnica tiene importancia crucial para la satisfacción de los componentes de este derecho

ACCION DE TUTELA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Procedencia

En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela bajo estudio la Sala estima que, a pesar de la existencia de acciones judiciales ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa en contra del decreto 0102 de 2010, la acción de amparo resulta procedente como mecanismo definitivo debido a que éstas no resultan idóneas y eficaces en el caso concreto. Lo anterior porque el problema jurídico que se plantea se relaciona íntimamente con un asunto de innegable relevancia constitucional como es el derecho fundamental a la identidad cultural de las comunidades indígenas y dos de sus expresiones –la consulta previa y la etnoeducación- que, además, requieren de una rápida y expedita solución pues el paso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles en lo que respecta a la pérdida de la identidad cultural de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Caso en que se excluyó a institución educativa y sus respectivas sedes, del Decreto que determinó los establecimientos educativos que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena

Advierte la Sala que se presentó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana por parte del Departamento del Cauca. En efecto, la exclusión de la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes del decreto 0591 de 2009 es, indudablemente, una medida administrativa que afecta directamente a la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y, en ese sentido, no debió haber sido adoptada unilateralmente por el demandado a través del decreto 0102 de 2010 sin antes surtir un proceso de consulta con la misma. Es forzoso concluir que el demandado vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena de la Gaitana, del Consejo Regional Indígena del Cauca y del Cabildo de Guambia y con ello transgredió también su derecho fundamental a la identidad cultural ya que, según la

jurisprudencia de esta Corte, la participación de las comunidades étnicas a través de este mecanismo es necesaria para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

EXCLUSION DE INSTITUCION EDUCATIVA DE LAS POLITICAS DE ETNOEDUCACION CON BASE EN CRITERIOS TERRITORIALES Y DE MAYORIA NUMERICA-Al Juez Constitucional le corresponde señalar que no es respetuoso de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas

La forma concreta en que operan los componentes de la etnoeducación en un establecimiento como la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes escapa a la órbita de competencia del juez constitucional y entra en la del Gobierno Nacional y las entidades territoriales quienes son los encargados de diseñar y ejecutar las políticas públicas en materia educativa. Al juez constitucional le corresponde señalar, como lo hace en esta sentencia, que no es respetuoso de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas excluir una institución educativa de las políticas de etnoeducación con base en criterios territoriales y de mayoría numérica por las razones que ya se ofrecieron. En este especial contexto, la Sala también estima que no se puede obviar la participación de la comunidad educativa del establecimiento educativo, lo que sin duda permitirá armonizar los intereses de ambas culturas en la educación de sus miembros

Referencia: expediente T-2.817.405

Acción de tutela instaurada por Marciana Quira Calapsu, en nombre del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana, contra el Departamento del Cauca.

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos por el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán y por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, en primera y segunda instancia respectivamente, en la acción de tutela instaurada por Marciana Quira Calapsu, en nombre del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana, contra el Departamento del Cauca.

I. ANTECEDENTES

El catorce (14) de mayo de dos mil diez (2010) Marciana Quira Calapsu, Gobernadora del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana¹, interpuso acción de tutela en nombre de su resguardo solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la consulta previa de las decisiones que lo afecten directamente y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural los cuales, en su opinión, están siendo vulnerados por el Departamento del Cauca.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

¹ Obra en el expediente el acta de posesión que comprueba que la accionante fue elegida como Gobernadora del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana para el año 2010 (folios 30-37, cuaderno 1). Así mismo obra en el expediente la Resolución número 00011 del cinco (5) de mayo de 1999 mediante la cual se confirió carácter legal de resguardo a unos predios localizados en el municipio de Inzá, Departamento del Cauca, a favor de la comunidad indígena Páez de la Gaitana (folios 22-29, cuaderno 1).

Hechos

1.- La Secretaría de Educación del Departamento del Cauca convocó a las autoridades tradicionales indígenas del Cauca -agrupadas en el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC)- y al Cabildo de Guambia a una mesa de trabajo con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional con el fin de determinar los establecimientos educativos oficiales –con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena. Esta mesa de trabajo se llevó a cabo los días veintisiete (27) y veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009)².

El último día fue presentado a la mesa de trabajo el informe de un estudio técnico realizado por la Coordinación de la División de Cobertura de la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, en el cual determinaban “*la existencia y ubicación de territorios indígenas y su población atendida [en lo que se refiere al servicio educativo]*”³.

Al finalizar la mesa de trabajo se firmó un “*Acta de compromisos entre las Autoridades Indígenas del Cauca representadas en el CRIC, el Cabildo de Guambia, el Departamento del Cauca y el Ministerio de Educación Nacional*”⁴, en la que se consignó que: “*El documento concertado sobre establecimientos educativos que atienden población indígena arroja el siguiente resultado:*

- a) *Un total de 666 establecimientos ubicados en territorios indígenas que atienden población mayoritariamente indígena.*
- b) *35 establecimientos educativos ubicados en territorios indígenas que atienden población mayoritariamente no indígena.*
- c) *33 establecimientos educativos ubicados en territorios no indígenas que atienden población indígena.*
- d) *48 establecimientos educativos que se encuentran en territorio indígena pero a los cuales debe verificarse y corregirse su situación de identificación étnica poblacional en el SIMAT [Sistema de Matriculas Estudiantil].*
- e) *El cuadro queda con varias observaciones para oficializar*

² Folio 11, cuaderno 1.

³ *Ibíd.*

⁴ Folios 15-16, cuaderno 1.

establecimientos educativos.

f) *Los establecimientos para verificar se hará esta labor por medio de una comisión de la SEDC [Secretaría de Educación Departamental del Cauca], el CRIC y Cabildo de Guambia”⁵.*

2.- Posteriormente, el Gobernador del Departamento del Cauca expidió el decreto 0591 del treinta (30) de diciembre de dos mil nueve (2009) mediante el cual se determinaron los 666 establecimientos educativos oficiales –con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena⁶. En la parte considerativa del decreto se señaló que el listado que contenía se fundamentó en el acta final de la mesa de trabajo y en el estudio técnico que se presentó en ella, los cuales *“forman parte integral”* del mismo⁷.

Indica la actora que la importancia de esta identificación radica en que de ese modo se garantiza la aplicación de una política etnoeducativa en esas instituciones educativas oficiales⁸.

3.- En el referido decreto se determinó que la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes –Escuela Rural Mixta de Rio Sucio, Escuela Rural Mixta Belencito, Escuela El Lago, Escuela Rural Mixta El Escobal, Escuela Rural Mixta Tierras Blancas e Instituto Nacional de Promoción Social que es su sede principal- eran establecimientos educativos oficiales ubicados en territorio indígena –específicamente en La Gaitana- que atienden población indígena⁹.

4.- El doce (12) de abril de 2010 el Gobernador del Departamento del Cauca expidió el decreto 0102 *“por medio del cual se modifica y excluye parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591 de diciembre 30 de 2009”*¹⁰. En la parte considerativa del decreto se expresó lo siguiente:

“A raíz de la expedición del Decreto 0591 del 30 de Diciembre de 2009, se efectuaron reclamaciones denotando un inconformismo generalizado

⁵ Folio 16, cuaderno 1.

⁶ Folios 52-84, cuaderno 1.

⁷ Folio 11, cuaderno 1.

⁸ Folio 1, cuaderno 1.

⁹ Folio 12, cuaderno 1.

¹⁰ Folios 17-26, cuaderno 1.

en algunas comunidades educativas de los municipios de Inzá (...) argumentando que las Instituciones Educativas, no se encuentran ubicadas en Territorios Indígenas, por lo tanto solicitan se las excluya del mencionado Decreto.

La oficina de División de Cobertura de la Secretaría de Educación del Departamento, solicitó a las respectivas Alcaldías y Secretarios de Planeación Municipal, la certificación de las Instituciones y Centros Educativos que no se encuentran ubicados en territorios indígenas, conforme al Plan de Ordenamiento Territorial, de los Municipios que presentaron las respectivas reclamaciones.

Mediante mesas de trabajo de fechas 10 y 23 de Marzo de 2010, integrada por los funcionarios de las oficinas de Inspección y Vigilancia, División de Cobertura, Novedades de Planta y Jurídica, expidieron las actas Nos. 01 y 02, en las cuales se determinó excluir las Instituciones y Centros Educativos que no pertenecen a territorios indígenas, previas certificaciones suscritas por cada uno de los alcaldes”¹¹.

En el caso de la Institución Educativa Promoción Social Guanacas y sus sedes, el Alcalde Municipal de Inzá y su Secretario de Planeación certificaron que *“no se encuentran dentro de territorios indígenas ni cabildo alguno; sino que se encuentran ubicadas dentro de las áreas de población respectivas” “de acuerdo al Esquema de Ordenamiento Territorial del Municipio”¹²*, razón por la cual fueron excluidas del decreto 0591 de 2009 por el decreto 0102 de 2010¹³.

5.- Estima la actora que la exclusión de la Institución Educativa Promoción Social Guanacas y sus sedes del decreto 0591 de 2009 vulnera los derechos fundamentales de su resguardo¹⁴.

En primer lugar señala que se viola su derecho fundamental a la consulta previa pues *“el departamento no informó ni concertó esta exclusión con las comunidades indígenas afectadas”* y porque con ella se *“desconoció el estudio técnico realizado por la misma Gobernación del Cauca, el*

¹¹ Folio 17, cuaderno 1.

¹² Folio 51, cuaderno 1.

¹³ Folio 18, cuaderno 1.

¹⁴ Folio 4, cuaderno 1.

Ministerio de Educación Nacional y concertado con las autoridades indígenas, con el cual se pudo determinar las instituciones indígenas ubicadas en territorios indígenas y que atendían población indígena (...)”¹⁵ lo cual va “en contra de la buena fe en (sic) la que deben actuar las autoridades para el cumplimiento de sus obligaciones”¹⁶.

En segundo lugar, a su juicio, se vulnera su derecho fundamental a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural ya que “*al no catalogarse como Institución que atiende población indígena, el colegio Promoción Social de Guanacas (...) no tendrá la obligación de aplicar de forma continua y coherente las políticas etnoeducativas del Estado y mucho menos de efectuar un proceso de educación que fortalezca la identidad cultural de su población infantil y juvenil atendida (...)”¹⁷.*

Llama la atención sobre el hecho de que, para realizar la exclusión, “*no se tuvo en cuenta lo concerniente a la población indígena atendida por estos centros e instituciones educativas y solo se tuvo como elemento de decisión la ubicación territorial de los planteles en los respectivos municipios (...)”¹⁸.*

De todos modos, agrega que en el certificado que se tomó como base para la exclusión de la Institución Educativa Promoción Social Guanacas y sus sedes se afirma que dicha institución no se encuentra en el territorio del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana “*hecho que no es cierto ya que (...) se encuentra ubicada en la vereda de Tierras Blancas y hace parte de la jurisdicción de esta Junta de Acción Comunal que a la vez pertenece al resguardo de la Gaitana. Igualmente es importante tener en cuenta que el Resguardo está en proceso de saneamiento y ratificación de la escritura pública más antigua que incluye todo el territorio donde se ubica la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes (...)”¹⁹.*

Solicitud de Tutela

6.- Con fundamento en los hechos narrados, la Gobernadora del

¹⁵ Folio 3, cuaderno 1.

¹⁶ Folio 6, cuaderno 1.

¹⁷ Folio 7, cuaderno 1.

¹⁸ Folio 3, cuaderno 1.

¹⁹ Folio 4, cuaderno 1.

Resguardo Indígena Páez de la Gaitana exigió la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de su resguardo, los cuales considera que están siendo vulnerados por el demandado al excluir, sin consulta previa, a la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes del decreto 0591 de 2009 que determinó los establecimientos educativos oficiales –con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena, lo cual descarta la aplicación de una política etnoeducativa en la referida entidad. Solicitó entonces que se *“declare la suspensión provisional del decreto 0102-04-2010 en su artículo primero en lo relacionado con la Institución educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes (...)”*²⁰.

Respuesta de las entidades demandadas

7.- El Departamento del Cauca contestó la acción de tutela el veintiuno (21) de mayo de dos mil diez (2010)²¹. Explicó que la exclusión de varios establecimientos educativos –entre ellos la Institución Educativa Promoción Social Guanacas y sus sedes- del decreto 0591 de 2009, mediante el decreto 0102 de 2010, se debió al inconformismo de la comunidad educativa con su inclusión en el mismo.

Informó que, el diecinueve (19) de febrero de 2010, recibió un derecho de petición elevado por ciento treinta y dos (132) miembros de la comunidad educativa de la Institución Educativa Promoción Social Guanacas –padres de familia y docentes-, quienes solicitaron la exclusión del referido establecimiento y sus sedes del decreto 0591 de 2009²². Como fundamento de su solicitud adujeron que *“por mayoría la comunidad educativa decidió que esta Institución no fuera administrada por el CRIC, ni por ninguna entidad privada”* y que *“dicha Institución no se encuentra en ningún territorio indígena”*²³. Añadieron que *“no se tuvo en cuenta a la comunidad educativa para la toma de una decisión que afecta directamente la convivencia y verdadera educación*

²⁰ Folio 8, cuaderno 1.

²¹ Folios 45-50, cuaderno 1.

²² Folios 88-94, cuaderno 1.

²³ Folio 88, cuaderno 1.

intercultural de sectores como los campesinos y población urbana que históricamente hemos habitado este territorio y educado en la Institución (...)”²⁴.

Así mismo señaló que el veintidós (22) de febrero de 2010 recibió otro derecho de petición en similar sentido de parte de ciento sesenta y siete (167) estudiantes de la Institución Educativa Promoción Social Guanacas²⁵, quienes manifestaron que *“no estamos de acuerdo que la administración pase a manos de los indígenas CRIC pues la institución ha tenido una trayectoria por más de 60 años de promociones donde se benefician indígenas, campesinos, mestizos, negros y hasta hoy no hemos tenido ningún conflicto (...) solicitamos que la administración de la educación siga como se ha venido haciendo en manos del estado y no de ninguna etnia en particular”²⁶.*

Relató que, para responder a tales solicitudes, se realizaron dos reuniones –el 10²⁷ y el 23²⁸ de marzo de 2010- entre funcionarios de la Secretaría de Educación Departamental. En éstas se expuso la información estadística suministrada por el Sistema Integrado de Matricula 2010, que reveló que la Institución Educativa Promoción Social Guanacas y sus sedes atienden población mayoritariamente indígena²⁹, y la certificación del tres (3) de marzo de 2010 expedida por el Alcalde Municipal de Inzá y su Secretario de Planeación según la cual el mencionado establecimiento y sus sedes *“no se encuentran dentro de territorios indígenas ni cabildo alguno; sino que se encuentran ubicadas dentro de las áreas de población respectivas” “de acuerdo al Esquema de Ordenamiento Territorial del Municipio”³⁰.* Con base en el certificado antedicho, señaló, se *“procedió a excluir el establecimiento en mención y a sus sedes, hecho según el cual no debía concertarse con ninguna autoridad tradicional por cuanto la ley no se negocia, ni se concerta, sólo se cumple y precisamente en cumplimiento de ese postulado la Administración Departamental procedió a expedir el decreto 0102 de 2010”³¹.*

²⁴ Folio 103, cuaderno 1.

²⁵ Folios 95-101, cuaderno 1.

²⁶ Folio 95, cuaderno 1.

²⁷ Acta No. 01, folios 139-148, cuaderno 1.

²⁸ Acta No. 2, folios 149-150, cuaderno 1.

²⁹ Acta de la reunión realizada el diez (10) de marzo de 2010, folios 142 y 143, cuaderno 1.

³⁰ Folio 51, cuaderno 1.

³¹ Folio 48, cuaderno 1.

8.- Finalmente indicó que, según el último estudio técnico realizado por los Servicios Informáticos del Sector Educativo de su Secretaría de Educación el tres (3) de mayo de 2010, la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes atienden a población mayoritariamente no indígena –de 545 estudiantes, 293 no son indígenas y 252 lo son³². Agregó que, dentro de éste último grupo, 293 pertenecen a la etnia Páez y 4 se identifican como Guambianos³³.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

9.- El treinta y uno (31) de mayo de dos mil diez (2010) el Juzgado Octavo Administrativo de Popayán decidió negar el amparo³⁴.

En primer término consideró que, a pesar de que la accionante puede acudir a las vías judiciales ordinarias para controvertir el decreto 0102 de 2010 por ausencia de la consulta previa, la tutela es procedente porque *“de acuerdo al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, el único mecanismo para defender tal derecho es la acción de amparo constitucional”*³⁵.

En segundo término estimó que en este caso no era obligatoria la consulta previa ya que *“la Institución Educativa objeto de debate no sólo atiende a población indígena, sino que por el contrario su población estudiantil es mayoritariamente campesina”*³⁶. Adicionalmente adujo que lo que se decida en la consulta *“no obliga a la autoridad en su decisión final”* por lo cual la posterior exclusión del establecimiento educativo no es violatoria del derecho de la comunidad indígena³⁷.

³² Folio 103, cuaderno 1.

³³ Folio 103, cuaderno 1.

³⁴ Folios 104-121, cuaderno 1.

³⁵ Folio 111, cuaderno 1.

³⁶ Folio 112, cuaderno 1.

³⁷ Folio 119, cuaderno 1.

Finalmente, frente al derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los indígenas, expresó que no se vulneraba pues, al tratarse de un establecimiento educativo que atiende población mayoritariamente campesina, *“el Estado Colombiano debe garantizar a quienes no hacen parte de los pueblos indígenas el derecho a una educación con un concepto integral de la persona humana, de su dignidad, de sus derechos y deberes, de acuerdo a sus propios paradigmas”*³⁸.

Impugnación

10.- El ocho (8) de junio de 2010 la accionante impugnó el fallo de primer grado.

Argumentó, en primer lugar, que éste desconoce *“a los estudiantes menores indígenas que allí se encuentran matriculados, el derecho a una educación propia (...) [pues] La exclusión del decreto de estos establecimientos, implica que el Proyecto Educativo Comunitario (PEC) ya no será adecuado ni pertinente de tal forma que se respete y promueva su identidad cultural, que sus autoridades propias ya no tendrán injerencia en la construcción de sus programas educativos, que no recibieran educación bilingüe (...) igualmente sus materiales educativos no serán bilingües, sus maestros no serán etnoeducadores (...)”*³⁹.

En segundo lugar indicó que, de conformidad con el artículo 2 decreto 2164 de 1995, *“un territorio indígena no se relaciona necesariamente con los títulos de propiedad, sino por el contrario tiene relación directa con la posesión de áreas y con el ejercicio de actividades sociales, culturales y económicas de los pueblos indígenas en un determinado espacio. En este sentido (...) el área o espacio físico donde de manera permanente ejerzan sus actividades académicas los estudiantes indígenas es considerada un territorio indígena (...)”*⁴⁰.

³⁸ Folio 119, cuaderno 1.

³⁹ Folio 132, cuaderno 1.

⁴⁰ Folio 135, cuaderno 1.

En tercer lugar recordó que, en este caso, *“no se está dilucidando un tema de titularidad de las instituciones o del área donde se encuentran construidas”*⁴¹.

En cuarto lugar asevera que, independientemente de si la población atendida es mayoritariamente indígena o no, hay que preguntarse *“si los indígenas, por ser eventualmente minoría o compartir territorio con otros grupos sociales estamos condenados a que la mayoría nos avasalle y nos extermine cultural y físicamente”*. Agrega que esta es la conclusión del fallo de primera instancia que *“obedece más al paradigma planteado por la ley 89 de 1890, política que el estado aplicó para el tratamiento a los indígenas antes de la constitución política de 1991, ese paradigma [que] ordenaba civilizar a los salvajes indígenas (...) puede entenderse que como nuestra cultura vale menos al compararla con la sociedad mayoritaria debe prevalecer la segunda”*⁴².

Sentencia de segunda instancia

11.- El veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010) el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca confirmó la decisión de primer grado⁴³. Arguyó que *“se logra establecer que la entidad accionada realizó la consulta previa con la comunidad indígena, en la cual se tomó en cuenta sus decisiones, sobre la inclusión de los establecimiento educativos oficiales que atienden población indígena y que se encuentran ubicados en territorios indígenas, reconociendo y protegiendo de esta manera la diversidad étnica y cultural de la comunidad indígena”*⁴⁴.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

⁴¹ Folio 136, cuaderno 1.

⁴² Folio 137, cuaderno 1.

⁴³ Folios 159-168, cuaderno 1.

⁴⁴ Folio 167, cuaderno 1.

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el demandado vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural en perjuicio del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana al excluir, sin consulta previa, a la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes del decreto 0591 de 2009 que determinó los establecimientos educativos oficiales –con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena, lo cual descarta la aplicación de una política etnoeducativa en la referida entidad.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala hará consideraciones generales sobre los siguientes temas: (i) las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales y la legitimación activa en los casos en los que reclaman la protección de sus derechos fundamentales mediante acción de tutela, (ii) el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y su protección por vía de tutela y (iii) el derecho fundamental de las comunidades étnicas y sus integrantes a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural. Enseguida (iv) resolverá el caso concreto.

Las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales y la legitimación activa en los casos en los que reclaman la protección de sus derechos fundamentales mediante acción de tutela

4.- De forma consistente la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que, del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana contenidos en la Constitución de 1991 –artículos 7 y 70-, se deriva necesariamente que *“la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma*

que como tal aparece dotada de singularidad propia (...)”⁴⁵. En otras palabras “(...) estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados”⁴⁶.

Para explicar lo antedicho ha expresado que *“la protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias (...) En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14) (...) El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”⁴⁷.*

5.- Ahora bien, además de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos titulares de derechos, la jurisprudencia constitucional ha establecido que sus dirigentes y miembros gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de

⁴⁵ Sentencia T-380 de 1993. Reiterada en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998 y SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, entre otras.

⁴⁶ Sentencia T-154 de 2009. Reiterada en la sentencia T-769 de 2009.

⁴⁷ Sentencia T-380 de 1993. Reiterada en las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003 y T-769 de 2009, entre otras. En similar sentido las sentencias T-154 de 2009.

los cuales goza su comunidad⁴⁸. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁹ y la Defensoría del Pueblo⁵⁰.

6.- Entre aquellos derechos fundamentales de los cuales gozan las comunidades indígenas se encuentran aquellos que se relacionan con la protección de su identidad cultural, tales como los derechos a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural⁵¹, pues ellos sólo pueden ser entendidos “*en función del grupo al que pertenecen*”⁵². Estos dos derechos, por su relación con el asunto de la referencia, serán analizados a continuación por la Sala.

El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y su protección por vía de tutela

7.- El artículo 1 de la Constitución Política define a Colombia como un Estado Social de Derecho organizado en forma de República participativa. Como consecuencia de lo anterior el artículo 2 incluye, dentro de los fines del estado colombiano, la facilitación de la participación de todos en las decisiones que les afecten.

Este principio general de participación, que comprende a todos los habitantes de territorio colombiano, resulta reforzado en el caso de las comunidades étnicas –indígenas y afrodescendientes- en virtud de la definición del estado colombiano como república pluralista –artículo 1- y del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana –artículos 7 y 70-⁵³. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha indicado que las normas constitucionales anotadas derivan en que “*la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas*

⁴⁸ Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009, entre otras.

⁴⁹ Sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-382 de 2006, T-880 de 2006, entre otras.

⁵⁰ Sentencia T-652 de 1998.

⁵¹ Sentencia C-208 de 2007.

⁵² Sentencia SU383 de 2003.

⁵³ Al respecto ver sentencias SU-383 de 2003, C-620 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, entre otras.

mediante sus prácticas tradicionales”⁵⁴. Una de estas herramientas es, precisamente, la participación de estas comunidades en las decisiones que las afectan ya que así se asegura que en la implementación de las políticas públicas se tome en cuenta su punto de vista respecto de la afectación que éstas podrían tener en su identidad cultural, lo que además otorga legitimidad democrática a las medidas adoptadas. Es por ello que *“existen previsiones constitucionales expresas, que imponen deberes particulares a cargo del Estado, dirigidos a la preservación de las mismas y la garantía de espacios suficientes y adecuados de participación en las decisiones que las afectan”*⁵⁵.

En este sentido, el ordenamiento constitucional abre a las comunidades indígenas y afrodescendientes espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos dentro de los cuales también están incluidos sus integrantes⁵⁶. Entre otros, se pueden identificar como espacio de participación concretos (i) la elección de dos senadores en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas, (ii) la posibilidad, ya desarrollada por la ley, de establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes, (iii) la obligación de que la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial – artículo 329-, (iv) el mandato de propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios – artículo 330- y (v) la consulta previa sobre las medidas que afectan directamente a la comunidades étnicas, espacio de participación que es el que resulta relevante para el asunto de la referencia.

8.- El mandato de consulta previa encuentra su fundamento constitucional en el artículo 6, ordinal a, del Convenio 169 “*Sobre Pueblos indígenas y Tribales*” de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵⁷, tratado internacional que, según jurisprudencia

⁵⁴ Sentencia C-175 de 2009.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Mandatos que han sido desarrollados por la ley en diversos aspectos. Al respecto ver sentencia SU-383 de 2003.

⁵⁷ Ratificado por Colombia mediante la ley 21 de 1991.

constitucional reiterada⁵⁸, forma parte de bloque de constitucionalidad – artículo 93 de la Constitución-.

El artículo 6, ordinal a), del mencionado Convenio es entonces la norma que consagra la consulta previa a las comunidades étnicas, en el siguiente sentido:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...).”

9.- La jurisprudencia constitucional⁵⁹ ha estimado que de la disposición transcrita surge un derecho fundamental a la consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas porque su participación a través de este mecanismo es necesaria para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social⁶⁰.

10.- En lo que toca con la titularidad de tal derecho, ha indicado la Corte⁶¹ que esta reside, para el caso colombiano, no sólo en las comunidades indígenas sino también en las afrodescendientes de conformidad con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT⁶². Afirmó la

⁵⁸ Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, C-620 de 2003, T-382 de 2006, C-750 de 2008, C-175 de 2009 y C-615 de 2009, entre otras.

⁵⁹ Sentencias SU039 de 1997, T-652 de 1998, SU383 de 2003, T-382 de 2006 y T-769 de 2009, entre otras.

⁶⁰ Sentencia SU-039 de 1997. Reiterada en las sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003 y T-769 de 2009.

⁶¹ Sentencia C-461 de 2008.

⁶² “1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Corte en la sentencia C-461 de 2008 que *“la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento objetivo, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento subjetivo, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión”*. Acudió al artículo 2-5 de la Ley 70 de 1993 que definió a las comunidades afrodescendientes como *“el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”* y, con base en él, concluyó que *“las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado”*. Añadió que *“el término comunidades negras, como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluidas dentro de las dichas comunidades negras (...) a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales”*.

11.- En relación con el ámbito temático de la consulta previa ha precisado la Corte⁶³ que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica. Es decir que la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas –artículo 330- y al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas –artículo 329-, que fueron los expresamente previstos por la Constitución. Ello porque la ratificación del Convenio 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la ley 21 de

⁶³ Sentencia SU-383 de 2003.

1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas. Nótese que el tenor literal del artículo 6 del mencionado Convenio no contiene restricción temática alguna al referirse simplemente a “*cada vez que se prevean medidas (...)*”.

12.- En lo que respecta al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte ha acudido nuevamente al texto del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT para señalar que son no solamente las medidas administrativas⁶⁴ sino también las legislativas⁶⁵, y dentro de estas últimas ha incluido las leyes aprobatorias de los tratados internacionales⁶⁶ e incluso las reformas constitucionales⁶⁷.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática en afirmar que la obligación de adelantar la consulta previa no surge frente a toda medida –administrativa o legislativa– que sea susceptible de afectar a las comunidades étnicas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente⁶⁸.

13.- También se ha pronunciado la Corte respecto de la forma en la cual debe ser llevada a cabo la consulta. Frente a ello ha señalado que “*en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de*

⁶⁴ Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-769 de 2009, entre otras.

⁶⁵ Sentencia T-382 de 2006.

⁶⁶ Sentencias C-750 de 2008, C-615 de 2009 y C-608 de 2010.

⁶⁷ En la sentencia C-702 de 2010 esta Corte declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos que gocen de personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas por no haber surtido el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. El Magistrado Humberto Sierra Porto salvó su voto por las siguientes razones: (1) En primer lugar, considera que la posición de la mayoría constituye una clara muestra de que el ejercicio de la competencia del control de constitucionalidad sobre los actos legislativos carece de parámetros normativos, pues el texto constitucional definitivamente ha perdido tal función y prima el entendimiento que tengan las mayorías momentáneas al interior de la Corporación sobre qué es Constitución, es decir, el control de las reformas constitucionales se ha transformado en un control político y ha dejado de ser un control jurídico. (2) Esta decisión crea una nueva categoría de vicios en materia de control de las reformas constitucionales, es decir, además de los vicios formales y de los vicios de sustitución a la Constitución, a partir de esta decisión puede entenderse que en el trámite de los actos legislativos pueden presentarse vicios formales de entidad sustancial, es decir, lo que en materia del control de procedimiento legislativo se ha denominado precisamente *vicios de competencia*, categoría que a su vez plantea importantes problemas conceptuales. (3) Esta nueva categoría conlleva a que se pueda extender a las reformas constitucionales la tesis sentada en materia del control de las leyes según la cual esta modalidad de vicios es insaneable y por lo tanto la acción pública no tiene un término de caducidad.

⁶⁸ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008, C-750 de 2008, C-175 de 2009 y T-769 de 2009.

procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”⁶⁹. En últimas esto deriva en que, a pesar de la flexibilidad que otorga el Convenio 169, “el procedimiento de consulta no queda (...) librado por entero a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales”⁷⁰.

Así, en desarrollo del mencionado principio de buena fe, la jurisprudencia constitucional ha determinado que:

- La consulta previa debe estar antecedida de un “proceso preconsultivo”, lo que significa que *“deberá estar precedida de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”⁷¹*. Ello porque *“el Estado Colombiano deberá tener en cuenta que los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y en el artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”⁷²*.
- La consulta se debe hacer de tal forma que la comunidad étnica *“tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones”⁷³*. En otras palabras, *“que se le*

⁶⁹ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en la sentencia C-461 de 2008. En el mismo sentido, la sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, C-175 de 2009 y T-769 de 2009.

⁷⁰ *Ibídem*.

⁷¹ *Ibídem*. En el mismo sentido, sentencias T-880 de 2006 y T-769 de 2009.

⁷² *Ibídem*. En similar sentido la sentencia C-175 de 2009.

⁷³ Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias T-880 de 2006, T-652 de 1998, C-030 de 2008 y T-769 de 2009, entre otras.

de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda (...) valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad (...)"⁷⁴.

De conformidad con lo anterior, *“la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite”⁷⁵* y por esta misma razón *“los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa”⁷⁶* y no tiene el valor de consulta la simple notificación de la medida que se quiere adoptar⁷⁷.

- Lo anterior no quiere decir que la consulta previa excluya el proceso informativo, sino que no se debe limitar a él. En efecto, se ha indicado que, en la consulta previa, *“los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales”⁷⁸.*

Esta información sobre la medida a adoptar debe incluir los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerla en ejecución y la manera como su ejecución puede conllevar una afectación a su identidad⁷⁹.

Adicionalmente, la efectiva posibilidad de expresar la posición y de influir en la toma de decisiones, en algunos casos, requiere de

⁷⁴ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido las sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, T-154 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

⁷⁵ Sentencia C-461 de 2008.

⁷⁶ Sentencia C-891 de 2002. En el mismo sentido las sentencias T-382 de 2006, T-880 de 2006, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

⁷⁷ Sentencia C-030 de 2008. En el mismo sentido, las sentencias SU-039 de 1997, T-562 de 1998, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

⁷⁸ Sentencia C-891 de 2002. En similar sentido las sentencias C-030 de 2008, C-461 de 2008 y T-769 de 2009, entre otras.

⁷⁹ Sentencia C-030 de 2008. Reiterada en las sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En el mismo sentido las sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, T-154 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, en otras.

“acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”⁸⁰.

- Así mismo, *“los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos”⁸¹.*
- Adicionalmente, el proceso de consulta debe llevarse a cabo *“con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas (...)”⁸².* Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten directamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar *“fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad”⁸³.*
- De todos modos, *“cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros”⁸⁴.*

⁸⁰ Sentencia C-891 de 2002

⁸¹ Ibídem. En el mismo sentido, las sentencias T-652 de 1998, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y T-769 de 2009, entre otras.

⁸² Ibídem. En el mismo sentido la sentencia SU-039 de 1997.

⁸³ Sentencia C-030 de 2008. En similar sentido, las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-891 de 2002, T-382 de 2006, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

⁸⁴ Ibídem. En el mismo sentido las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, T-880 de 2006, T-154 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

14.- Importancia crucial en el tema de la consulta previa tiene la determinación del momento en el cual debe hacerse. Al respecto, con base en el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, ha dicho la Corte que la consulta debe ser oportuna⁸⁵, lo que quiere decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de las comunidades étnicas no tendría utilidad alguna en la medida en que no podrían influir en el proceso decisorio⁸⁶. Se trataría no de un proceso de consulta sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido.

15.- La jurisprudencia de esta Corte también se ha pronunciado sobre los efectos que tiene la omisión de la consulta previa.

En caso de medidas administrativas que afecten directamente a las comunidades étnicas se ha determinado que, al ser la consulta un derecho fundamental, procede la acción de tutela para que las comunidades étnicas exijan del estado su realización. En lo relativo a las medidas legislativas, esta Corte ha determinado que procede la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la consulta previa siempre y cuando el proyecto no se haya convertido en ley, pues en este caso existe otro mecanismo cual es la demanda de inconstitucionalidad de la misma⁸⁷. En consonancia con lo anterior, ha indicado la Corte que “*su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política*”⁸⁸ y es por ello que ante una ley que debió haber sido consultada procede la demanda de inconstitucionalidad⁸⁹, es decir, que la omisión de la consulta previa “*constituye un vicio [que] impide declarar executable la ley*”⁹⁰. Lo que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático en el cual la Corte debe verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa en el caso de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas.

El derecho fundamental de las comunidades étnicas y sus integrantes a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural

⁸⁵ Ibídem.

⁸⁶ En este sentido la sentencia C-461 de 2008.

⁸⁷ Al respecto la sentencia T-832 de 2006.

⁸⁸ Sentencia C-615 de 2009.

⁸⁹ Sentencia C-030 de 2008.

⁹⁰ Sentencia C-461 de 2008. En el mismo sentido, la sentencia C-175 de 2009.

16.- El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha recordado como “(...) *durante un largo periodo histórico la meta fundamental de la educación para indígenas proporcionada por el estado u otras instituciones [como las comunidades religiosas] era asimilar a los pueblos indígenas a la cultura dominante (occidental o nacional según las circunstancias), una cultura extraña para ellos, con la consecuente desaparición o, en el mejor caso, marginación de las culturas indígenas en el sistema educativo*”⁹¹. Colombia no fue la excepción en este aspecto pues, como lo ha recordado esta Corte, “*durante la vigencia de la Constitución centenaria de 1886, de acuerdo con la política indigenista gubernamental de asimilación, las propuestas educativas que se implementaron para las comunidades tradicionales estaban orientadas a acelerar su proceso de integración a los patrones de vida de la mayoría de sociedad nacional y, por esa vía, las mismas siguieron siempre los principios y objetivos básicos de la educación general*”⁹².

En este orden de ideas, el mencionado relator ha manifestado que “*los sistemas de educación formal que ha impartido históricamente el estado o las corporaciones religiosas o privadas han sido un arma de dos filos para los pueblos indígenas. Por una parte, han significado con frecuencia la posibilidad para los niños y las niñas, así como los jóvenes indígenas, de adquirir conocimientos y capacidades que les permiten progresar en la vida y de relacionarse con el mundo más amplio. Por otra parte, la educación formal, sobre todo cuando sus programas, curricular y métodos provienen de sociedades distintas y ajenas a las culturas indígenas, ha sido también un mecanismo para la transformación impuesta y a veces la destrucción de las culturas indígenas*”⁹³.

Debido a esto último ha identificado la referida utilización de la escuela como “*instrumento privilegiado para promover la asimilación de los pueblos indígenas al modelo cultural de la mayoría o de la sociedad dominante*” no sólo como una violación de su identidad cultural sino

⁹¹ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 23. E/CN.4/2005/88.

⁹² Sentencia C-208 de 2007.

⁹³ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 15. E/CN.4/2005/88.

como una de las principales formas de discriminación “*lingüística, religiosa y cultural*” en su contra⁹⁴.

17.- En Colombia, “*con la expedición de la Constitución de 1991, al definirse el Estado colombiano como democrático y pluralista, se abandonó por completo la idea integracionista (...)*”⁹⁵ ya que su artículo 68 reconoce el derecho de “*los integrantes de los grupos étnicos*” – indígenas y afrodescendientes- a “*una formación que respete y desarrolle su identidad cultural*”. En este mismo sentido el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT, ratificado por el país en 1991 mediante la ley 21, prescribe que “*los programas y servicios de educación destinados a los pueblos interesados (...) deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales*”.

Como consecuencia de este cambio de enfoque, la ley 115 de 1994⁹⁶ –ley general de educación- define la etnoeducación o educación para grupos étnicos como “*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*”⁹⁷ y le otorga, entre otras, la finalidad de “*afianzar los procesos de identidad (...)*”⁹⁸.

Así entendida, la educación deja de ser un factor de desintegración cultural y discriminación para las comunidades étnicas para convertirse en un derecho que “*se revela clave (...) no sólo como medio para salir de la exclusión y la discriminación (...) sino también para el disfrute, mantenimiento y respeto de sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos*”⁹⁹. Lo primero ya que esta Corte¹⁰⁰ ha resaltado la importancia de la educación como instrumento esencial para alcanzar el goce de otros derechos tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho al trabajo, el mínimo vital y, en general, para lograr una

⁹⁴ Ibídem, párrafo 41. E/CN.4/2005/88.

⁹⁵ Sentencia C-208 de 2007.

⁹⁶ El capítulo III de la ley 115 de 1994 desarrolla lo relativo a la educación para grupos étnicos.

⁹⁷ Artículo 55.

⁹⁸ Artículo 56.

⁹⁹ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 14. E/CN.4/2005/88.

¹⁰⁰ Sentencia T-533 de 2009. En el mismo sentido, las sentencias T-236 de 1994, T-1227 de 2005 y T-805 de 2007, entre otras.

ciudadanía plena. Así mismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo que interpreta y vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 13 sobre el derecho a la educación, afirmó que éste derecho *“es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”*¹⁰¹, razón por la cual cobra vital importancia en un país como el nuestro en el que las comunidades étnicas, por lo general, pertenecen a estos sectores. Lo segundo porque una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de estos pueblos les permitirá transmitir a las nuevas generaciones su cultura y así impedir su desaparición.

18.- Según la sentencia C-208 de 2007 el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural es de carácter fundamental por dos razones. En primer lugar porque la educación ha sido reconocida como derecho fundamental para todas las personas, entre las cuales se encuentran los integrantes de las comunidades étnicas¹⁰². En segundo lugar debido a que *“(...) hace parte integral del derecho a la identidad cultural que (...) tiene dimensión ius fundamental”* y, agrega la Sala, tiene relación directa con el derecho a la igualdad. En este orden de ideas es un derecho susceptible de protección por vía de tutela.

19.- Este derecho radica en cabeza de los integrantes de las comunidades étnicas individualmente considerados, pues así se desprende del texto del artículo 68 de la Constitución¹⁰³, pero también la comunidad étnica como sujeto de derechos fundamentales es titular del mismo pues, como se verá, se ha previsto la participación de la misma en el proceso educativo como mecanismo para asegurar que la educación impartida a sus miembros responda a sus patrones culturales¹⁰⁴. En este entendido los indígenas y afrodescendientes pueden reclamar de forma individual el derecho fundamental anotado pero también pueden hacerlo en nombre de su comunidad para exigir la participación de la misma en el ámbito educativo.

¹⁰¹ Párr. 1.

¹⁰² Para una explicación detallada sobre la jurisprudencia en torno al carácter fundamental del derecho a la educación ver la sentencia T-533 de 2009.

¹⁰³ *“Los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”*.

¹⁰⁴ En este sentido la sentencia C-208 de 2007.

20.- Una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de las comunidades étnicas requiere de varios componentes que han sido desarrollados por la Constitución, el Convenio 169 de la OIT, el capítulo III de la ley 115 de 1994 y su decreto reglamentario 804 de 1995, los cuales pueden ser entendidos como el contenido del derecho fundamental en comento. Algunos de los más importantes son los siguientes:

En primer término el artículo 10 de la Constitución prescribe que *“la enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe”*. Así mismo el artículo 28 del Convenio 169 de la OIT indica que *“siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo al que pertenezcan. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país”*. La ley 115 de 1994 reiteró estas disposiciones en su artículo 57 al establecer que *“en sus respectivos territorios, la enseñanza de los grupos étnicos con tradición lingüística será bilingüe, tomando como fundamento escolar la lengua materna del respectivo grupo”* sin perjuicio del *“desarrollo de las habilidades comunicativas básicas para leer, comprender, escribir, escuchar, hablar y expresarse correctamente en lengua castellana”*. El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas ha resaltado la importancia de este componente al decir que es un *“aspecto fundamental para ofrecer una educación culturalmente apropiada [ya que] el idioma se convierte en medio esencial para transmitir la cultura, los valores y la cosmovisión indígena”*¹⁰⁵.

En segundo término, el artículo 58 de la ley 115 de 1994 contiene un mandato según el cual *“el Estado promoverá y fomentará la formación de educadores en el dominio de las culturas y lenguas de los grupos étnicos (...)”*¹⁰⁶. Al respecto, el mencionado relator ha señalado que *“los docentes formados en las escuelas tradicionales para maestros saben poco o nada de las culturas indígenas y generalmente no hablan ninguna*

¹⁰⁵ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 48. E/CN.4/2005/88.

¹⁰⁶ Reglamentado por el capítulo II del decreto 804 de 1995 (artículos 5-9).

lengua autóctona (...) Para fortalecer la enseñanza intercultural bilingüe es preciso comenzar por la formación de los maestros que la llevarán a cabo”¹⁰⁷.

En tercer lugar, de conformidad con el artículo 14 del decreto 804 de 1995, *“el currículo de la etnoeducación (...) se fundamenta en la territorialidad, la autonomía, la lengua, la concepción de vida de cada pueblo, su historia e identidad según sus usos y costumbres”*. Sobre el punto, el relator citado ha indicado que *“la UNESCO enfatiza la necesidad de un currículo lingüística y culturalmente pertinente, en el cual la historia, los valores, las lenguas, las tradiciones orales y la espiritualidad sean reconocidas, respetadas y promovidas. Los pueblos indígenas reclaman ahora un currículo escolar adaptado a las diferencias culturales, que incluya las lenguas indígenas y considere el uso de metodologías pedagógicas alternativas”¹⁰⁸.*

En cuarto lugar, respecto de la *“administración y gestión institucionales”* los artículos 17 y siguientes del decreto 804 de 1995 prescriben que (i) *“(...) los proyectos educativos institucionales de los establecimientos educativos para los grupos étnicos, definirán los calendarios académicos de acuerdo con las formas propias de trabajo, los calendarios ecológicos, las concepciones particulares de tiempo y espacio y las condiciones geográficas y climáticas respectivas”,* (ii) *“en la organización y funcionamiento del gobierno escolar y en la definición del manual de convivencia en los establecimientos educativos para los grupos étnicos, se deberán tener en cuenta sus creencias, tradiciones, usos y costumbres”* y (iii) *“la elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didácticos, deben tener en cuenta las particularidades culturales de cada grupo étnico (...)”*. En lo relativo al punto (iii) el relator mencionado ha dicho que *“la educación intercultural bilingüe sólo puede tener éxito si las escuelas disponen de libros de texto, material auxiliar didáctico, elementos audiovisuales, etc., en las propias lenguas indígenas adecuados al contexto cultural indígena”¹⁰⁹.*

¹⁰⁷ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 52. E/CN.4/2005/88.

¹⁰⁸ Ibídem, párrafo 45.

¹⁰⁹ Ibídem, párrafo 53.

21.- Ahora bien, la participación de la comunidad étnica tiene importancia crucial para la satisfacción de los reseñados componentes del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de los miembros 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*”¹¹⁰. En este mismo sentido esta Corporación, en la sentencia C-208 de 2007, reconoció que la participación y cooperación de los grupos étnicos en los programas y servicios de educación a ellos destinados es “*el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional*”.

En razón de lo anterior, el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT prevé que “*los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares (...)*”. En desarrollo de este mandato la ley 115 de 1994 y su decreto reglamentario 804 de 1995 han previsto diversos ámbitos de participación para las comunidades étnicas. Incluso el decreto antes mencionado, en su artículo 10, indica quienes son las autoridades de los grupos étnicos que son competentes para llevar a cabo la concertación¹¹¹. Estos ámbitos son:

¹¹⁰ Ibídem, párrafo 68.

¹¹¹ “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:

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

(i) *“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”*¹¹².

(ii) *“Cuando fuere necesaria la celebración de contratos para la prestación del servicio educativo para las comunidades de los grupos étnicos, dichos contratos se ajustarán a los procesos, principios y fines de la etnoeducación y su ejecución se hará en concertación con las autoridades de las entidades territoriales indígenas y de los grupos étnicos”*¹¹³.

(iii) *“La Nación, en coordinación con las entidades territoriales y en concertación con las autoridades de los grupos étnicos previstas en el artículo 10 de este Decreto, creará, organizará y desarrollará programas especiales de formación de etnoeducadores en aquellos departamentos y distritos en donde se encuentren localizados grupos étnicos, si ninguna institución de educación superior o escuela normal superior atiende este servicio”*¹¹⁴.

(iv) El diseño o construcción del currículo de la etnoeducación *“(…) será el producto de la investigación en donde participen la comunidad, en general, la comunidad educativa en particular, sus autoridades y organizaciones tradicionales”*¹¹⁵. Además, *“la formulación de los currículos de etnoeducación se fundamentará en las disposiciones de la Ley 115 de 1994 y en las conceptualizaciones sobre educación elaboradas por los grupos étnicos, atendiendo sus usos y costumbres, las lenguas nativas y la lógica implícita en su pensamiento”*¹¹⁶.

(v) *“La creación de alfabetos oficiales de las lenguas y de los grupos étnicos como base para la construcción del currículo de la*

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.

¹¹² Artículo 62, ley 115 de 1994.

¹¹³ Artículo 63, ley 115 de 1994.

¹¹⁴ Artículo 8, decreto 804 de 1995.

¹¹⁵ Artículo 14, decreto 804 de 1995.

¹¹⁶ Artículo 15, decreto 804 de 1995.

etnoeducación, deberá ser resultado de la concertación social y de la investigación colectiva”¹¹⁷.

(vi) *“La infraestructura física requerida para la atención educativa a los grupos étnicos, debe ser concertada con las comunidades, de acuerdo con las características geográficas, las concepciones de tiempo y espacio y en general con los usos y costumbres de las mismas”¹¹⁸.*

(vii) *“La elaboración, selección, adquisición de materiales educativos, textos, equipos y demás recursos didácticos, deben (...) llevarse a cabo en concertación con las instancias previstas en el artículo 10 el presente Decreto”¹¹⁹.*

Con las anteriores consideraciones procede la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

22.- En el presente asunto la Gobernadora del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana considera que el demandado vulneró los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural en perjuicio de su resguardo al excluir, sin consulta previa, a la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes del decreto 0591 de 2009 que determinó los establecimientos educativos oficiales –con sus respectivas sedes- que se encuentran ubicados en territorios indígenas y atienden población indígena, lo cual descarta la aplicación de una política etnoeducativa en la referida entidad.

23.- Para iniciar la resolución del caso bajo estudio es necesario indicar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional antes reseñada¹²⁰, la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana¹²¹, a nombre de

¹¹⁷ Artículo 16, decreto 804 de 1995.

¹¹⁸ Artículo 19, decreto 804 de 1995.

¹¹⁹ Artículo 20, decreto 804 de 1995.

¹²⁰ Sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-154 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

¹²¹ Obra en el expediente la Resolución número 00011 del cinco (5) de mayo de 1999 mediante la cual se confirió carácter legal de resguardo a unos predios localizados en el municipio de Inzá, Departamento del Cauca, a favor de la comunidad indígena páez de la Gaitana (folios 22-29, cuaderno 1).

quien se instauró la acción de tutela de la referencia, es un sujeto titular de los derechos fundamentales a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural¹²². Así mismo es necesario señalar que, como se expresó¹²³, Marciana Quira Calapsu, Gobernadora del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana¹²⁴, en calidad de dirigente de su comunidad goza de legitimación activa para reclamar los derechos fundamentales que reposan en cabeza de la misma.

24.- En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela bajo estudio la Sala estima que, a pesar de la existencia de acciones judiciales ordinarias ante la jurisdicción contenciosa administrativa en contra del decreto 0102 de 2010, la acción de amparo resulta procedente como mecanismo definitivo debido a que éstas no resultan idóneas y eficaces en el caso concreto. Lo anterior porque el problema jurídico que se plantea se relaciona íntimamente con un asunto de innegable relevancia constitucional como es el derecho fundamental a la identidad cultural de las comunidades indígenas y dos de sus expresiones –la consulta previa y la etnoeducación- que, además, requieren de una rápida y expedita solución pues el paso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles en lo que respecta a la pérdida de la identidad cultural de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana.

25.- Despejado lo anterior, advierte la Sala que se presentó una vulneración del derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana por parte del Departamento del Cauca. En efecto, la exclusión de la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes del decreto 0591 de 2009 es, indudablemente, una medida administrativa que afecta directamente a la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y, en ese sentido, no debió haber sido adoptada unilateralmente por el demandado a través del decreto 0102 de 2010 sin antes surtir un proceso de consulta con la misma.

La afectación directa se hace patente si se tiene en cuenta que, de los 545 estudiantes matriculados en el mencionado establecimiento educativo, 248 –el 45.5%- pertenecen a la etnia Páez según el último estudio técnico

¹²² Sentencia C-208 de 2007.

¹²³ Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009, entre otras.

¹²⁴ Obra en el expediente el acta de posesión que comprueba que la accionante fue elegida como Gobernadora del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana para el año 2010 (folios 30-37, cuaderno 1).

realizado por los Servicios Informáticos del Sector Educativo de la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca¹²⁵, porcentaje que si bien no constituye la mayoría representa una porción importante de la población estudiantil. Esta circunstancia fáctica lleva a la conclusión de que, como consecuencia de la exclusión, una institución educativa en la que estudian, en una proporción significativa, miembros de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana no tendrá una política etnoeducativa y que la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana no podrá participar en el proceso educativo que adelantan sus miembros en el establecimiento educativo mencionado. Lo anterior sin duda alguna repercute directamente en el goce del derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural en cabeza de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y sus miembros.

Lo dicho no se desvirtúa por la discusión existente en torno a si la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes se encuentran o no en el territorio indígena de la Gaitana pues, como se expresó¹²⁶, al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de *cualquier* medida que afecte directamente a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio. Tampoco se altera en nada la conclusión a la que se ha arribado porque la etnia Páez no sea la mayoría numérica –sino el 45.5%- de la población estudiantil¹²⁷ ya que, independientemente de ello, toda medida tomada en la entidad educativa a la que asisten les será aplicable y los afectará.

26.- Así mismo estima la Sala que, respecto del proceso de consulta surtido con el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y el Cabildo de Guambia para la expedición del decreto 0591 de 2009, el Departamento del Cauca trasgredió el principio de buena fe que, según la jurisprudencia constitucional¹²⁸, debe guiar toda consulta previa.

Recuérdese que en el “*Acta de compromisos entre las Autoridades Indígenas del Cauca representadas en el CRIC, el Cabildo de Guambia, el Departamento del Cauca y el Ministerio de Educación Nacional*”, con

¹²⁵ Folio 103, cuaderno 1.

¹²⁶ Sentencia SU-383 de 2003.

¹²⁷ Folio 103, cuaderno 1.

¹²⁸ Sentencias SU-039 de 1997, T-880 de 2006, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009 y T-769 de 2009.

la cual finalizó el referido proceso, se acordó que existían “*un total de 666 establecimientos ubicados en territorios indígenas que atienden población mayoritariamente indígena*”¹²⁹, los cuales fueron los que resultaron incluidos en el decreto 0591 de 2009¹³⁰. Este resultado fue desconocido por el demandado con la expedición de forma inconsulta del decreto 0102 de 2010 en el que se excluyó a la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes a pesar de que ésta hacía parte del acuerdo inicial¹³¹.

Para la Sala resulta contrario al principio de buena fe hacer creer al CRIC que el proceso de consulta previa había concluido exitosamente al llegarse a un acuerdo sobre los establecimientos educativos oficiales en los que se aplicaría una política etnoeducativa y después, de forma unilateral, transgredir los compromisos adquiridos¹³². Esto no significa, en modo alguno, que las comunidades étnicas posean un poder de veto a las medidas que las afecten directamente de acuerdo con el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, posibilidad que ha sido desechada por este Tribunal¹³³, sino que, una vez adoptada una fórmula de concertación, esta no puede ser revocada sin antes adelantar un nuevo proceso de consulta previa con todas las condiciones que han sido determinadas por la jurisprudencia constitucional. En este entendido, si el Departamento del Cauca advirtió la existencia de razones que, a su juicio, justificaban la exclusión de la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes del decreto 0591 de 2009 -tales como la oposición de parte de la comunidad educativa- debió proceder a convocar al CRIC a un proceso de consulta antes de expedir el decreto 0102 de 2010.

Como corolario de lo anterior es forzoso concluir que el demandado vulneró el derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Indígena de la Gaitana, del Consejo Regional Indígena del Cauca y del Cabildo de Guambia y con ello transgredió también su derecho fundamental a la identidad cultural ya que, según la jurisprudencia de

¹²⁹ Folios 15-16, cuaderno 1.

¹³⁰ Folios 52-84, cuaderno 1.

¹³¹ Folio 61, cuaderno 1.

¹³² Similar posición fue sostenida por la Corte en la sentencia T-880 de 2006.

¹³³ Sentencia C-030 de 2008. En similar sentido, las sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-891 de 2002, T-382 de 2006, C-175 de 2009, C-615 de 2009 y T-769 de 2009, entre otras.

esta Corte¹³⁴, la participación de las comunidades étnicas a través de este mecanismo es necesaria para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social.

27.- Así mismo la Sala considera que, como consecuencia de la exclusión mencionada, se configuró una violación del derecho fundamental de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y sus miembros a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural por dos razones.

En primer lugar ya que una institución educativa en la que estudian, en proporción importante -45.5%-, miembros de la etnia Páez no les ofrecerá una educación que respete y desarrolle su identidad cultural a pesar de que la Constitución (artículo 68) y el Convenio 169 de la OIT (artículo 27), les reconocen ese derecho a los integrantes de los grupos étnicos.

En segundo lugar debido a que la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana no podrá participar en el proceso educativo que adelantan sus miembros en el establecimiento educativo mencionado como lo prevén el artículo 27 del Convenio 169 de la OIT, la ley 115 de 1994 y el decreto 804 de 1995. Ya se explicó que, según el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas¹³⁵ y la jurisprudencia constitucional, la participación de la comunidad étnica tiene importancia crucial para la satisfacción de los componentes de este derecho, hasta el punto de que esta última ha estimado que es *“el elemento determinante que marca la diferencia entre la etnoeducación y la educación tradicional”*¹³⁶.

El sólo hecho de que los estudiantes pertenecientes a la etnia Páez no constituyan la mayoría dentro de la población educativa de la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus respectivas sedes no significa que ellos y su comunidad pierdan su calidad de titulares del derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural.

¹³⁴ Sentencia SU-039 de 1997. Reiterada en las sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003 y T-769 de 2009.

¹³⁵ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 68. E/CN.4/2005/88.

¹³⁶ Sentencia C-208 de 2007.

Esto significaría volver al modelo indigenista gubernamental de asimilación que existía bajo la Constitución de 1886 abandonado por la Carta Política de 1991 al definirse el Estado colombiano como democrático y pluralista¹³⁷. En éste, como se vio¹³⁸, en razón de su inferioridad numérica se sometía a las comunidades étnicas a los patrones educativos de la cultura dominante con la consecuente desaparición progresiva de sus culturas. Esto, además de atentar contra su derecho fundamental a la identidad cultural, es una forma de discriminación “*lingüística, religiosa y cultural*” en su contra¹³⁹.

Tampoco puede hacerse depender este derecho del hecho de que la institución educativa se encuentre o no en el territorio de la Comunidad Indígena de la Gaitana pues, según lo visto, la Constitución (artículo 68) y el Convenio 169 de la OIT (artículo 27) lo radican en cabeza de los integrantes de los grupos étnicos, sin limitación geográfica alguna, lo que quiere decir que estas personas gozan del mismo en cualquier lugar del territorio nacional. Recuérdese que, como lo hace ver la actora, en este caso no se trata de determinar la titularidad de la comunidad indígena sobre un terreno.

En vista de lo anterior, resulta claro para la Sala que el demandado desconoció el derecho fundamental de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y sus miembros a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural.

28.- No olvida la Sala que en la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes también estudia, en un número importante -293 de 545, es decir, el 53.7%- población que se identifica como no indígena¹⁴⁰.

Este factor, en lugar de ser considerado como un obstáculo para la aplicación de una política etnoeducativa debe ser visto, a juicio de la Sala, como una oportunidad de cumplir con el principio de interculturalidad que, según el artículo 56 de la ley 115 de 1994, rige la educación para grupos étnicos y que fue definido por el decreto 804 de

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

¹³⁹ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 41. E/CN.4/2005/88.

¹⁴⁰ Folio 103, cuaderno 1.

1995 como *“la capacidad de conocer la cultura propia y otras culturas que interactúan y se enriquecen de manera dinámica y recíproca, contribuyendo a plasmar en la realidad social, una coexistencia en igualdad de condiciones y respeto mutuo”*. En este mismo sentido se ha pronunciado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas al decir que *“Por lo general los pueblos indígenas son prácticamente desconocidos en los sistemas educativos formales de la población no indígena urbana y rural. Aún más, son con frecuencia menospreciados y discriminados en los textos de historia, geografía, literatura, arte y estudios sociales, y por los propios docentes. La verdadera educación intercultural debe aplicarse también en los sistemas educativos a nivel nacional, porque solamente así podrán ser reconocidos plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas”*¹⁴¹.

Además, una institución educativa con estas características se presta para llevar a cabo el mandato del artículo 31 del Convenio 169 de la OIT de acuerdo con el cual *“deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a estos pueblos”*.

Ahora bien, la forma concreta en que operan los componentes de la etnoeducación en un establecimiento como la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes escapa a la órbita de competencia del juez constitucional y entra en la del Gobierno Nacional y las entidades territoriales quienes son los encargados de diseñar y ejecutar las políticas públicas en materia educativa. Al juez constitucional le corresponde señalar, como lo hace en esta sentencia, que no es respetuoso de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas excluir una institución educativa de las políticas de etnoeducación con base en criterios territoriales y de mayoría numérica por las razones que ya se ofrecieron. En este especial contexto, la Sala también estima que no se puede obviar la participación de la comunidad educativa del

¹⁴¹ Cuarto informe temático anual del 6 de enero de 2005 sobre las dificultades que encuentran los pueblos indígenas en los sistemas de educación, párrafo 67. E/CN.4/2005/88.

establecimiento educativo, lo que sin duda permitirá armonizar los intereses de ambas culturas en la educación de sus miembros.

29.- De acuerdo con lo explicado, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Popayán, por medio del cual se confirmó la sentencia emitida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo de la misma ciudad, que negó el amparo en la acción de tutela instaurada por Marciana Quira Calapsu en nombre del Resguardo Indígena Páez de la Gaitana contra el Departamento del Cauca. En su lugar, concederá la tutela de los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural.

En consecuencia, dejará sin efectos, en lo que se refiere a la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, el decreto 0102 del 12 de abril de 2010 expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca y le ordenará que, a través de la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional –Subdirección de Fomento de Competencia-Grupo Etnoeducación-, lleve a cabo, en la forma señalada en el párrafo 13 de la presente sentencia, un proceso de consulta respecto de la manera en que operarán los distintos componentes de la política etnoeducativa en el establecimiento educativo mencionado, en el que deberán participar (i) el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), (ii) el Cabildo de Guambia, (iii) el Cabildo de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y (iv) la comunidad educativa de la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes.

Así mismo se le advertirá al Gobernador del Departamento del Cauca que, en caso de que el proceso de consulta no desemboque en un acuerdo, la política etnoeducativa que se diseñe para la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes deberá responder, en alguna medida, a los componentes señalados en los párrafos 20 y 21 de la presente sentencia.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Popayán para en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana a la consulta previa y a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural en la acción de tutela instaurada por Marciana Quira Calapsu contra el Departamento del Cauca.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS, en lo que se refiere a la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, el decreto 0102 del 12 de abril de 2010 expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca y **ORDENARLE** que, de forma inmediata inicie las gestiones para llevar a cabo, en un plazo razonable, a través de la Secretaría de Educación Departamental del Cauca, con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional –Subdirección de Fomento de Competencia-Grupo Etnoeducación-, un proceso de consulta en la forma señalada en el párrafo 13 de la presente sentencia respecto de la manera en que operarán los distintos componentes de la política etnoeducativa en el establecimiento educativo mencionado, en el que deberán participar (i) el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), (ii) el Cabildo de Guambia, (iii) el Cabildo de la Comunidad Indígena Páez de la Gaitana y (iv) la comunidad educativa de la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes.

Tercero.- ADVERTIR al Gobernador del Departamento del Cauca que, en caso de que el proceso de consulta no desemboque en un acuerdo en una plazo razonable, la política etnoeducativa que se diseñe para la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes deberá responder, en alguna medida, a los componentes señalados en los párrafos 20 y 21 de la presente sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General