REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintiséis (26) de enero de dos mil veintiuno (2021).

***Providencia**:* *Sentencia Segunda Instancia.*
***Proceso**:* *Acción de Tutela.*
Radicación: *73001-40-03-010-2020-00397-01*
***Accionante**:* *Magda Viviana Riaño Espinosa*
Accionado: *La Gobernación del Tolima y la Secretaría De Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima.*

Tema a Tratar: ***DERECHO A LA EDUCACION PROPIA DE COMUNIDADES INDIGENAS O ETNOEDUCACION:*** *El derecho a la educación, como derecho fundamental de cualquier ser humano, asume un contenido especial para los pueblos indígenas y étnicos, toda vez que debe tener por objeto el de conservar los usos, costumbres y creencias de la comunidad indígena. Por consiguiente, una consecuencia inmediata del reconocimiento de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, es la de garantizar, a través del proceso de consulta previa, que ellos mismos diseñen, administren y regulen sus instituciones y programas de etnoeducación para que se adecuen con sus necesidades, historias y lenguas. Así, el Estado debe tomar las medidas que considere necesarias para evitar una intervención innecesaria sobre el diseño etnoeducativo de las comunidades indígenas, pero también, es deber del Estado contemplar dentro de su ordenamiento la protección suficiente que permita a las autoridades indígenas autogobernarse en esta materia.*

Acción de Tutela y su Procedencia – Principio de Subsidiaridad: *El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial. De lo anterior se colige que no es la finalidad de esta acción ser una vía alternativa a los otros medios jurisdiccionales existentes, de modo que pueda utilizarse uno u otro indistintamente, ni fue diseñada para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus*

> *atribuciones comunes. Sin embargo, la existencia de otro medio de defensa judicial no convierte per se en improcedente la intervención del juez de tutela, pues debe tenerse en cuenta:* ***(i)*** *Si se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y* ***(ii)*** *Que los medios regulares con que cuente el interesado sean idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso.*

I. OBJETO DE DECISIÓN:

Procede el Despacho a decidir la Impugnación formulada por la parte accionante – ***Magda Viviana Riaño Espinosa*** - contra el fallo de tutela del catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferido por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué, dentro de la acción de la referencia.

II. ANTECEDENTES*:*

Magda Viviana Riaño Espinosa promovió la presente Acción de Tutela contra ***Gobernación del Tolima y la Secretaría de Educación y Cultura del Tolima*** a efectos de obtener las siguientes

III. PRETENSIONES:

"Ordenar al DEPARTAMENTO DEL TOLIMA –SECRETARÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA nombrar docente en propiedad a MAGDA VIVIANA RIAÑO ESPINOSA, acatando el numeral segundo de la sentencia T –871/13, quien cumple los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994", "En caso de no haber realizado la consulta previa ordenada en la sentencia T-871/13, reconocer el valor de tal consulta a la designación que hacen las autoridades indígenas del accionante, u ordenar a quien corresponda sea realizada en el

término que precise el juez constitucional" y "Cumplido este requisito, nombrar en propiedad al etnoeducador accionante".

IV. HECHOS:

La accionante - ***Magda Viviana Riaño Espinosa*** - indica que las autoridades correspondientes desacataron los mandatos contenidos en la sentencia T-871/13, porque la accionante en aquella época era docente provisional y sigue siéndolo, y la decisión que adoptan las autoridades indígenas al designar a la accionante como etnoeducador debe tener el valor de la consulta previa, porque no se debe premiar la negligencia de las autoridades estatales como una posibilidad de desacatar las decisiones judiciales para mantener el nombramiento provisional de los etnoeducadores como la posibilidad de manipularlos políticamente, condicionándolos a votar por aquel o aquellos que ofrecen mantenerlos en el cargo docente aunque siempre de manera provisional.

Señala que es miembro de la ETNIA PIJAO, titulada docente, con formación en etnoeducación, y fue seleccionada por las autoridades indígenas para ser nombrada, porque cumple los requisitos mínimos establecidos en el artículo 62de la Ley 115 de 1994, pero la entidad accionada la nombró en provisionalidad, a pesar de la reiterada jurisprudencia respecto de la obligación de nombrar en propiedad, a quienes han cumplidos los requisitos previstos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994.

Aduce que el 02 de diciembre de 2013, la Corte Constitucional profirió la sentencia T –871/13, en cuyo numeral segundo ordenó que un término no superior a seis (6)meses se

adelantara el proceso de concertación a través del mecanismo de consulta previa con la comunidad étnica de los accionantes, con el objeto de nombrar a en propiedad a los docentes vinculados en provisionalidad que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, y se vencieron los términos y muchos docentes indígenas continúan teniendo el carácter provisional, aunque cumplen los requisitos legales y a pesar de ser seleccionados por la comunidad, a través de sus autoridades tradicionales.

Afirma que a la fecha no existe un estatuto docente que regule, para las comunidades indígenas y étnicas, la vinculación de docentes y de directivos docentes y demás aspectos especiales de la respectiva carrera administrativa, y no ha sido posible establecer si el Departamento del Tolima y demás autoridades competentes, organizaron y realizaron la consulta previa que ordenó la sentencia T-871/13, porque se solicitó información y las respuestas fueron evasivas.

(…)

V. TRÁMITE PROCESAL:

Correspondió por reparto al Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué el trámite de la presente acción, admitida mediante proveído del dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020), corriéndosele traslado a la parte accionada para que se pronunciara sobre los hechos vulnerantes alegados en su contra:

La Secretaría de Educación y Cultura del Tolima, en réplica sostuvo que "desde hace varios años ha venido dando cabal cumplimiento a los preceptos jurisprudenciales y

normativos que ordenan la utilización del mecanismo de consulta previa con las comunidades indígenas al momento de realizar los nombramientos en propiedad de los etnoeducadores", que "En ese sentido, se debe advertir que los nombramientos en propiedad de los docentes indígenas se realizaron una vez efectuados, con el respectivo direccionamiento del Ministerio del Interior, el proceso de Consulta Previa con las comunidades indígenas (a la cual pertenece el docente y en la que presta el servicio), dentro del cual se verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 62 de la Ley 115 de 1994, y acreditados los mismos, se valida si existen plazas indígenas vacantes dentro de la Panta Global de Cargos Docentes, si la matricula que se reporta en la Institución Educativa en que se presenta la vacante se encuentra caracterizada como étnica y la procedibilidad de efectuar el nombramiento en Propiedad como Etnoeducador, según se determine dentro del proceso de concertación realizado de forma conjunta con la misma comunidad", que "En lo que concierne a la señora MAGDA VIVIANA RIAÑO ESPINOSA, se debe advertir que la accionante NO es docente vinculado bajo los parámetros del decreto 804 de 1994, por lo tanto, su vinculación con la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima, NO es como docente Etnoeducador o atendiendo su condición especial de indígena. Por el contrario, verificado el Sistema Humano Web la docente MAGDA VIVIANA RIAÑO ESPINOSA, fue nombrado mediante el Decreto Departamental N° 1850 emitido el 04 de octubre de 2016, bajo el régimen docente contendido en el Decreto 1278 de 2002, como provisional en Vacante Definitiva asignado a la Institución Educativa El vergel, por lo que no se encuentra ocupando una plaza indígena ni el plantel educativo tiene caracterización vigente de comunidad indígena en el SIMAT. De lo anterior, se infiere con suma claridad que el accionante no acredita su calidad de indígena y su pertenencia a un resguardo, ya que no fue

vinculado a la planta docente de esta Secretaría por dichas calidades, sino teniendo en cuenta el derecho a que tiene cualquier persona de acceder al empleo público y previo a cumplir los requisitos previstos en dicho estatuto a efecto ejercer como docente, tal como ser titulado Profesionalmente es decir bajo el decreto 1278 de 2002", que "aunque la accionante manifieste en su escrito de tutela que tenga certificación del Ministerio del Interior y acredite aval por un gobernador indígena, su nombramiento no se efectuó con base en el Decreto 804 de 1995 como etnoeducador en su comunidad, sino mediante el Decreto 1278 de 2002, con el fin de vincularlo como docente de aula, sin calidad de etnoeducador, en garantía de los derechos de participar y acceder al empleo público, que allegó para la época del nombramiento, le permitía cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1278 para ejercer como docente en el área en PRIMARIA".

VI. FALLO DE PRIMER GRADO:

La instancia precedente negó el amparo de tutela deprecado, al considerar que no se probó que existiera un perjuicio irremediable, sumado a que puede acudir a otros mecanismos de defensa judicial para lograr lo pretendido mediante esta acción.

VII. DE LA ALZADA:

Contra dicha decisión se alzó en impugnación la parte accionante - ***Magda Viviana Riaño Espinosa*** -, arguyendo que la sentencia niega el amparo solicitado porque la accionante fue nombrada según las reglas del Decreto Ley 1278 de 2002, según la afirmación de la entidad accionada, precisamente, la razón que acoge la sentencia es la

sin razón, ya que la jurisprudencia constitucional ya estableció que los etnoeducadores no se rigen por el Decreto Ley 1278 de 2002.

La sentencia omite darle aplicación lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T -871/13. En este caso específico, debe ser nombrado en propiedad el etnoeducador accionante, con cuya designación, simultáneamente, se protegen los derechos colectivos de la ETNIA PIJAO.

(…)

VIII. DE LA SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el trámite procesal, procede el despacho a desatar la alzada, para lo cual previamente se hacen las siguientes

IX. CONSIDERACIONES:

1. De los Presupuestos Procesales de la Acción:

No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, encontrándose acreditados los presupuestos de la acción, pues es este despacho competente para resolver la impugnación de la presente acción, y la misma cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 86 de la Constitución Nacional y el Artículo 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas Jurídicos:

¿Se cumple en el caso bajo estudio con el principio de subsidiaridad e inmediatez que rige la acción de tutela?

¿El despacho debe estudiar si la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima vulneró los derechos fundamentales alegados por la accionante al no nombrarla docente en propiedad?

3. Desenvolvimiento de la problemática planteada.

El centro de la discusión planteada, tiene que ver con la procedencia de la acción de tutela, así como para lograr el nombramiento en propiedad como etnoeducador.

3.1. La garantía de los miembros de las comunidades indígenas a recibir una educación especial que salvaguarde su identidad étnica y cultural:

Los derechos fundamentales a la autonomía y a la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, son los pilares esenciales de la garantía de una sociedad diversa y pluriétnica. Se traduce en la facultad que tienen estos pueblos de conservar sus tradiciones, usos y costumbres conforme a sus creencias y convicciones. El Estado tiene la obligación correlativa de garantizar que los pueblos indígenas gocen efectivamente de una autonomía y conserven su identidad étnica, y una forma de hacerlo, es asegurar que las nuevas generaciones que nacen dentro de las comunidades indígenas y étnicas, tengan acceso a una educación especial y diferenciada, que enseñe su historia, su lengua, sus creencias y proyectos de vida.

La Constitución Política de 1991 adoptó un modelo de Estado social y democrático de derecho que reconoce el carácter

pluriétnico y multicultural de la nación. La Carta elevó al rango de principios fundantes del Estado, la pluralidad y la participación; estableció la obligación estatal de reconocer y proteger la identidad cultural (art. 7º C.P.); consideró que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad (art. 70 C.P) y reconoció la autonomía de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio conforme a sus normas y procedimientos, como administrar los recursos e inversiones públicas dirigidas a su comunidad (arts. 246 y 330 C.P.), entre otras. Así las cosas, el Estado colombiano reconoce y protege a los grupos sociales culturalmente diferentes y considera como un valor constitucional la diversidad étnica y la autodeterminación de los pueblos indígenas.

En igual sentido, el Convenio 169 de la OIT "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes," reconoce desde su preámbulo las aspiraciones de los pueblos indígenas para "asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en los que viven". En el numeral 2 del artículo 1 establece que "la conciencia de su identidad tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio."

El artículo 2 señala: "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. Esta acción deberá incluir medidas: (…) b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (…)."

En el numeral 1 del artículo 4° se indica: "Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados." Finalmente, en el artículo 5 se señala que "al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente."

En el mismo orden, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el fin de reforzar los derechos de autonomía de las comunidades indígenas. Este documento establece que los pueblos indígenas tienen derecho, tanto como colectividades al igual que como individuos, a disfrutar de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales reconocidas por la Organización de las Naciones Unidas. Reconoce asimismo el derecho de los pueblos indígenas a determinarse de manera autónoma; a preservar y fortalecer sus propias instituciones sociales, culturales, económicas, políticas y judiciales e insiste en la necesidad de amparar el derecho de los pueblos indígenas a participar de manera informada, activa y plena en la toma de decisiones y en las políticas –legales o administrativas que pueden afectar sus intereses.

Por su parte, en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la Corte IDH ha establecido que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad

pluralista, multicultural y democrática. Lo anterior, dice, la Corte IDH, implica el deber del Estado de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir de su vida social, tradicional y cultural acorde con sus costumbres y usos y formas de organización.

De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación (sentencias T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-514 de 2012), la declaración constituye, "un paso fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas y significa un documento clave en la tarea de fijar el sentido y alcance del derecho al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia. En general, puede decirse que la Declaración profundiza lo prescrito en el Convenio 169 de 1989 de la OIT".

Conforme a los estándares normativos anteriores, la Corte Constitucional ha afirmado que la libre determinación de las comunidades indígenas comprende el derecho de "determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines". Así, la consagración de este derecho, junto con el de otros derechos de las comunidades indígenas y étnicas, como se manifestó en la sentencia C-030 de 2008, parte del reconocimiento del valor intrínseco de las comunidades étnicas como grupos diferenciados culturalmente.

Igualmente, esta Corporación ha señalado que el derecho a la libre autodeterminación de las comunidades indígenas, se compone de tres ámbitos de protección: (a) el reconocimiento a las comunidades

indígenas del derecho a participar en las decisiones que las afectan. En este ámbito cobra especial importancia la consulta previa, como procedimiento especial para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la administración, (b) el reconocimiento del derecho a la participación política en la esfera de la representación nacional en el Congreso y (c) el reconocimiento a la autonomía política y jurídica de orden interno de los pueblos indígenas, es decir, a las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas de la comunidad indígena. Supone ello, el derecho a decidir las formas de gobierno, el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales en su territorio y el pleno ejercicio del derecho a la propiedad colectiva, sobre sus resguardos y territorios.

Ahora bien, como lo ha reconocido la Corte, el derecho fundamental a la etnoeducación ha sido desarrollado como una forma de materializar la autonomía, identidad étnica y cultural de las comunidades, pues una manera adecuada de preservar los usos y costumbres de una comunidad indígena, es la de garantizar que la educación que se les ofrece a las nuevas generaciones de esta comunidad se desarrolle conforme a sus tradiciones, creencias, lenguas y los conocimientos fundados en la historia de sus antepasados.

En ese sentido la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a una educación especial reconocido a las comunidades tradicionales es un derecho fundamental de doble vía. Por una parte, (i) se trata de un derecho connatural a todo ser humano, y por otra, (ii) es un derecho que, desde la perspectiva de las comunidades indígenas y étnicas, hace parte del derecho fundamental a la identidad cultural. En palabras de la Corte:

"(…) en general, la Constitución reconoce a todos los habitantes del territorio nacional, incluyendo a los indígenas, una esfera inexpugnable de cultura, considerándolos a su vez un medio para alcanzar conocimiento y lograr un alto grado de perfección en beneficio propio y de la sociedad. Pero también, de manera específica, el propio Estatuto Superior acepta las diferencias culturales y, por tanto, radica en cabeza de las comunidades indígenas y de todos sus integrantes, el derecho a una identidad educativa especial, al imponerle al Estado el deber de brindarles un modelo de educación que responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida"[1].

La Constitución colombiana actual, con base en los principios de diversidad étnica y cultural y pluralista de una sociedad democrática, abandonó las medidas legislativas integracionistas de las comunidades indígenas. En se sentido, la Carta establece de forma clara que *"los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural"* (artículo 68 de la Carta). Esto implica que la educación de las comunidades no puede ser sometida a planes o programas de educación diseñados de manera general para toda la población, sin ser consideradas sus especificidades culturales.

En el ámbito de la normatividad internacional este derecho fundamental de las comunidades indígenas a recibir una educación especial, también es reconocido por el Convenio 169 de la O.I.T, el cual, en los artículos 26, 27, 28 y 29, además de reivindicar la necesaria existencia del derecho a una identidad educativa para los grupos indígenas y tribales, se ocupa de definir su verdadero ámbito de

[1] Cfr. Sentencia C.-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

aplicación disponiendo: (i) que debe garantizársele a los miembros de los pueblos indígenas interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional; (ii) que los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos autóctonos deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, con el propósito de responder a sus necesidades particulares, debiendo abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales; (iii) que la autoridad competente está en la obligación de asegurar la formación de maestros miembros de los grupos étnicos y garantizar su participación en la formulación y ejecución de los programas de educación; (iv) que la educación debe ser bilingüe al menos en los primeros años, lo cual significa que debe enseñarse a los miembros de las comunidades indígenas a leer y escribir en su propia lengua y en la lengua nacional; y, finalmente, (v) que deberán adoptarse medidas que permitan preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Tal y como puede observarse, en el campo de la implantación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos, el Convenio 169 de la O.I.T. prevé el mecanismo de la consulta previa, al consagrar expresamente en su artículo 27 que *"Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales".*

Como antecedente directo de la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, en el año

2005, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, expresó lo siguiente:

"El derecho a la educación se revela clave para millones de indígenas en todo el mundo no sólo como un medio para salir de la exclusión y la discriminación que han sufrido históricamente sino también para el disfrute, mantenimiento y respeto de sus culturas, idiomas, tradiciones y conocimientos. (…)

La principal forma de discriminación en materia de educación ha sido la tendencia de usar la escuela como un instrumento privilegiado para promover la asimilación de los pueblos indígenas al modelo cultural de la mayoría o de la sociedad dominante. El currículo de las escuelas generalmente está diseñado para la niñez urbana y resulta poco relevante en el medio indígena. En efecto, durante mucho tiempo y en muchos países el objetivo mismo de la educación indígena era de "civilizar" a los niños indígenas enseñándoles la lengua, la cultura y los conocimientos del grupo dominante, que después de los colonizadores fue el de la nacionalidad hegemónica. (…)

Dada la diversidad de condiciones de existencia de los pueblos indígenas en el mundo, la educación indígena no responde a un modelo único; su pedagogía tiene que adaptarse a las circunstancias. Si bien existen ya numerosos ejemplos exitosos de educación intercultural bilingüe, no todos los países en que hay poblaciones indígenas han adoptado esta modalidad educativa. Además, aun cuando existe sobre el papel, su implementación, según numerosos estudios realizados, deja mucho por desear y sus resultados prácticos no siempre resultan plenamente satisfactorios".

También, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General mediante la Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007 consagra en su artículo 14 que ***"los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje."***

En el Sistema Interamericano, la Corte IDH en el caso Xakmok Kásek contra Ecuador, afirmó que "En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etno-educativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada".

Conforme a lo anterior la Corte Constitucional ha precisado que la etnoeducación (i) además de ser un derecho fundamental de carácter universal predicable de todas las personas en general, constituye un derecho fundamental con enfoque diferencial para los miembros de las comunidades indígenas; (ii) reviste una especial importancia y esencialidad para la garantía efectiva de una gran cantidad de derechos fundamentales, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a escoger profesión u oficio, el derecho al trabajo, el mínimo vital, y de contera, el goce efectivo de todos los derechos asociados al ejercicio de una ciudadanía plena; (iii) hace parte del contenido normativo del derecho a la diversidad e identidad cultural que tiene igualmente un estatus iusfundamental; y (iv) su garantía implica la garantía de la supervivencia y preservación de la riqueza étnica y cultural de las comunidades

indígenas[2].

De acuerdo con los estándares mencionados, es necesario concluir que el derecho a la educación, como derecho fundamental de cualquier ser humano, asume un contenido especial para los pueblos indígenas y étnicos, toda vez que debe tener por objeto el de conservar los usos, costumbres y creencias de la comunidad indígena. Por consiguiente, una consecuencia inmediata del reconocimiento de la libre autodeterminación de los pueblos indígenas, es la de garantizar, a través del proceso de consulta previa, que ellos mismos diseñen, administren y regulen sus instituciones y programas de etnoeducación para que se adecuen con sus necesidades, historias y lenguas. Así, el Estado debe tomar las medidas que considere necesarias para evitar una intervención innecesaria sobre el diseño etnoeducativo de las comunidades indígenas, pero también, es deber del Estado contemplar dentro de su ordenamiento la protección suficiente que permita a las autoridades indígenas autogobernarse en esta materia.

3.2. De la Acción de Tutela y el Principio de Subsidiaridad e Inmediatez:

La acción de tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución Política Colombiana, vigente a partir de 1991 y reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, procede como mecanismo definitivo e inmediato de los derechos constitucionales fundamentales, a falta de un medio alternativo de defensa judicial, idóneo y eficaz, esto es, que posea igual o mayor efectividad que la tutela para lograr la protección del derecho vulnerado o amenazado por

[2] Ver sentencias C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-379 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-049 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares excepcionalmente.

Es decir, procede cuando el afectado no cuenta con otros medios de defensa judicial de comprobada eficacia para el restablecimiento de sus derechos fundamentales, salvo que la intervención transitoria del juez constitucional se requiera, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y grave, lo anterior en concordancia con lo dispuesto por el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que determina como improcedencia de la acción constitucional la presencia de otros recursos o medios de defensa judicial, los cuales deben ser apreciados en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Esta acción Constitucional, procede contra providencias judiciales de manera excepcional y subsidiaria, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial idóneo para proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no sea igualmente eficaz que la tutela para la protección de sus derechos, o que el afectado la utilice para evitar un perjuicio irremediable.

Acorde con lo anterior, la Corte Constitucional sistematizó y unificó los requisitos de procedencia y las razones o motivos de procedibilidad de la tutela contra sentencias y providencias. En aquella oportunidad se señaló, que los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales hacían referencia a aquellas circunstancias que tienen que estar presentes para que el Juez Constitucional pueda entrar a estudiar y decidir este tipo de pretensiones tales como:

"a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia Constitucional. (…)

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (…)

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (…)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. (…)

f. Que no se trate de sentencias de tutela. (…)".

Como se ha mencionado, se es especialmente exigente cuando la controversia se deriva de un pronunciamiento judicial, especialmente en relación con los principios de subsidiariedad e inmediatez.

El primero exige el agotamiento de todos los recursos judiciales como condición previa para la interposición de la acción, salvo que se busque un amparo transitorio, en razón a que el proceso judicial es el escenario en el cual debe buscarse la protección de los derechos constitucionales y legales en primer término, y en consideración a que la competencia del juez de tutela frente a una sentencia judicial se contrae a los aspectos con relevancia Constitucional que fueron discutidos al interior del proceso, sin obtener una respuesta Constitucionalmente adecuada por parte de los jueces especializados.

El segundo, comporta la obligación de interponer la acción dentro de un plazo razonable, como garantía esencial para la seguridad jurídica y los derechos de terceros.

En lo concerniente al Principio de Subsidiariedad, es conveniente adelantar una precisión conceptual. La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y residual. Aunque en ocasiones ambos términos se usan indistintamente, en realidad son conceptos relacionados, pero no idénticos. El primero hace referencia a la inexistencia de recursos como presupuesto para la procedibilidad de la tutela; el segundo, condiciona el estudio de fondo del amparo a que se hayan agotado los recursos existentes.

Para explicar la relación entre ambos conceptos, de forma sencilla, basta con señalar que existen diversas razones por las cuales una persona carece de medios judiciales de defensa diferentes a la acción de tutela, y una de ellas es que haya agotado los recursos existentes. Esta situación se hace evidente en el caso de los fallos judiciales: debido a que por regla general los diferentes procesos prevén

recursos, sólo cuando el peticionario los ha agotado, puede considerarse que no posee otro medio de defensa judicial.

Por último, debe reiterarse que el incumplimiento del requisito de subsidiariedad sólo puede ser excusado por circunstancias de fuerza mayor, que de ninguna forma puedan imputarse al peticionario, y que se encuentren probadas en el proceso, o se prueben durante el trámite de la tutela.

En el asunto *sub examine,* está probado dentro del plenario que la tutelante –***Magda Viviana Riaño Espinosa***, mediante el Decreto Departamental N° 1850 emitido el 4 de octubre de 2016, se le nombró provisional en Vacante Definitiva asignada a la Institución Educativa El vergel bajo el régimen de docente contendido en el Decreto 1278 de 2002, y no como etnoeducador al no cumplir con los requisitos para la época, como era acredita su calidad de indígena y su pertenencia a un resguardo, contra dicha decisión no se presentó ningún recurso, o por lo menos así se encuentra demostrado en el plenario.

En el caso sujeto a estudio, se advierte entonces que los requisitos generales de procedencia de la acción no concurren, toda vez que el acto administrativo del cual se alega la vulneración perseguida aquí, era susceptible de recursos, y que le fue inmerso a los intereses de la hoy accionante no fue objeto de recurso alguno, cobrando en consecuencia firmeza el pronunciamiento, dejando pasar la etapa procesal trasgrediendo el principio de subsidiaridad.

Ante lo anterior, no corresponde a este despacho, determinar si en la actividad judicial cuestionada hay tintes de

arbitrariedad o capricho, puesto que la parte accionante pretende revivir etapas precluidas.

Lo antepuesto significa que la accionante conocía, la irregularidad que posiblemente se presentó al interior del proceso de que hoy trata la acción y dejo pasar el termino para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, pretendiendo que mediante esta acción se subsane ese posible yerro, escudándose en que es el único medio de defensa, por ello, ha de decirse como insistentemente lo ha indicado la Corte, y como se quiere recalcar también en esta oportunidad, que la acción de tutela no puede sustituir los mecanismos ordinarios de defensa que, por negligencia, descuido o incuria de quien solicita el amparo constitucional, no fueron utilizados a su debido tiempo. De otra forma, la integridad de la función estatal de administrar justicia resultaría gravemente comprometida si se permitiera que un mecanismo especial y extraordinario como la acción de tutela, dirigido exclusivamente a la protección de los derechos fundamentales, pudiera suplir los instrumentos y recursos ordinarios que el ordenamiento pone a disposición de aquellas personas que persiguen la definición de alguna situación.

Por otra parte, tampoco se observa que la actora se encuentre ante un perjuicio irremediable que haga procedente la tutela como mecanismo transitorio, en la medida en que no existen evidencias claras y determinantes de que dicha persona y su grupo familiar estén actualmente ante un peligro inminente o grave, que amerite su protección urgente y de forma impostergable.

3.4. Conclusión:

Así las cosas, y en relación con la Sentencia objeto de impugnación proferida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué, comparte el despacho, las consideraciones expuestas por parte del *a quo,* que negó la presente acción de tutela instaurada por ***Magda Viviana Riaño Espinosa*** y por tal razón confirmará el fallo en mención.

VII. DECISION:

En mérito de lo expuesto, el ***Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ibagué – Tolima,*** administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

VIII. RESUELVE:

1. Confirmar en todas sus partes, la Sentencia de tutela de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Ibagué, que negó el amparo de tutela.

2. Notificar por los medios más hábiles e idóneos a las partes interesadas, conforme lo dispuesto en el Art. 30 Decreto 2591/91.

3. Remitir las presentes diligencias ante la Honorable Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión y de conformidad con lo previsto en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMON