

TERRITORIOS INDIGENAS – Entidades territoriales. Sistema General de Participaciones / UNIVERSIDADES INDIGENAS - Requisitos para su reconocimiento como instituciones de educación superior / ETNOEDUCADORES – Situación administrativa laboral

Al haberse expedido la ley orgánica de ordenamiento territorial a que se refiere el artículo 329 de la C.P., el Gobierno Nacional perdió la competencia que en forma condicional se le asignó en el artículo transitorio 56 de la C.P, por tanto sólo el legislador, previa consulta a los pueblos indígenas, puede expedir una regulación especial con requisitos particulares para el reconocimiento de universidades indígenas propias, teniendo en cuenta que los mismos no pueden ser menores de los que se exigen a las otras universidades para garantizar una educación de calidad. Mientras no cumplan con las exigencias mínimas establecidas por las leyes vigentes que regulan la forma de creación y organización de las universidades, o las que se establezcan a través de leyes que se expidan en el futuro, previo el requisito de consulta, las universidades indígenas propias no pueden ser reconocidas como entidades públicas especiales con el fin de que puedan acceder de manera directa a los recursos del presupuesto general de la nación o de las entidades territoriales. **NOTA DE RELATORIA:** Levantada la reserva legal mediante oficio No. 2013EE47616 del 24 de julio de 2013.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 7 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 67 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 286 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 329 TRANSITORIO / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 345 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 346 / LEY 1454 DE 2011 – ARTICULO 37 / LEY 715 DE 2001 / CONVENIO 169 DE LA OIT / LEY 21 DE 1991

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D.C., tres (3) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00065-00 (2116)

Referencia: ENTREGA DE LA ADMINISTRACION DEL SERVICIO DE EDUCACION SUPERIOR CON RECURSOS DEL SGP A LOS PUEBLOS INDIGENAS. UNIVERSIDADES INDIGENAS. ETNOEDUCADORES.

La señora Ministra de Educación Nacional consulta a la Sala sobre el traslado de la administración del servicio de educación superior que se presta en territorios indígenas, la situación administrativa laboral de los etnoeducadores indígenas y el reconocimiento de las universidades indígenas.

I. ANTECEDENTES

La Ministra desarrolla la consulta en tres ejes temáticos así:

1. Derecho a la educación de los pueblos indígenas:

Explica que de acuerdo con el Convenio 169 de la O.I.T., el servicio de educación a cargo del Estado debe prestarse en cooperación con los pueblos indígenas, a quienes debe asegurarse su participación en la formulación y ejecución de programas, con el fin de transferirles progresivamente la responsabilidad en su realización y en la creación de sus propias instituciones educativas.

Anota que la ley 115 de 1994 que se refiere a las modalidades de educación, consagra los requisitos que debe cumplir el Estado Colombiano para garantizar el servicio educativo de los pueblos indígenas. Dicha ley fue reglamentada por el decreto 804 de 1995.

Dice que el Gobierno Nacional, en cumplimiento de los procesos de consulta previa, ha venido concertando con los pueblos indígenas lo relacionado con la definición de competencias, la asignación de recursos, las orientaciones curriculares y demás aspectos relevantes para su servicio educativo. Dentro de este marco se ha propuesto adelantar tres acciones:

1. Elaborar un documento denominado "*Sistema Educativo Indígena Propio SEIP*"
2. Proponer una ruta jurídica para viabilizar la voluntad política del Gobierno consistente en entregar la administración de la educación a los pueblos indígenas.
3. Construir una metodología para realizar la consulta previa del SEIP y proyectar la norma mediante la cual se traslade la administración del servicio educativo a los pueblos indígenas.

Advierte que a pesar de que se han logrado avances en el proceso de concertación, existen diferencias entre los representantes de los pueblos indígenas y el Gobierno Nacional sobre la determinación de la naturaleza jurídica de los territorios indígenas, y expone la posición de cada una de las partes, de la siguiente manera:

A. Tesis de los delegados de los pueblos indígenas

Afirman que con fundamento en los artículos 329, 330 y 356 de la Constitución Política, los territorios indígenas como entidades territoriales reconocidas, tienen competencia para diseñar sus propias políticas educativas, administrar los recursos del Sistema Educativo Indígena Propio y coordinar los programas educativos, dada su autonomía, autogobierno y jurisdicción especial, sin sujeción a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Consideran que el artículo transitorio 56 de la Constitución faculta al Gobierno Nacional para expedir una reglamentación que permita el funcionamiento de los territorios indígenas y reconozca la facultad de sus autoridades para administrar el servicio de educación y los recursos que se destinen para el efecto.

B. Tesis del Ministerio de Educación Nacional

Aduce que los territorios indígenas no son entidades territoriales, ya que éstas sólo pueden ser conformadas mediante ley orgánica, de acuerdo a lo establecido en la Constitución y en el artículo 37, parágrafo 2 de la ley 1450 de 2011.

Estima desacertado considerar que con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Carta, el Gobierno Nacional pueda expedir un decreto mediante el cual se traslade la competencia para administrar el servicio público de educación a los territorios indígenas, porque la competencia gubernamental es subsidiaria y limitada

a la existencia de un vacío jurídico, que para el caso no existe, ya que se han expedido, el decreto 1088 de 1993 “por el cual se regula la creación de las asociaciones de cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas” y la ley 715 de 2001, según la cual las entidades territoriales certificadas son las que deben administrar dicho servicio, contando para ello con los recursos del Sistema General de Participaciones.

2. Situación laboral de los etnoeducadores indígenas:

Resalta la Ministra que en la actualidad los etnoeducadores son servidores que ingresan al empleo público en propiedad sin haber superado un concurso de méritos y no se encuentran inscritos en ninguno de los estatutos docentes vigentes (decreto ley 2277 de 1979 y decreto ley 1278 de 2002), lo que constituye una excepción a la selección objetiva para la provisión de cargos del Estado.

Lo anterior, en razón de las sentencias de la Corte Constitucional C-208 de 2007 y T-907 de 2011, según las cuales mientras que se expide el estatuto de profesionalización de los etnoeducadores indígenas, los nombramientos en propiedad deben hacerse con base en los criterios consagrados en el artículo 62 de la ley 115 de 1994.

3. Reconocimiento estatal de las universidades creadas por las autoridades indígenas:

Informa la Ministra que la entidad a su cargo ha recibido solicitudes de reconocimiento de universidades propias, creadas por las respectivas autoridades indígenas, con el fin de que se les autorice otorgar títulos válidos en todo el territorio nacional y recibir financiación pública. Han sustentado sus peticiones en la posibilidad de que el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo transitorio 56 de la Constitución, expida los actos administrativos de reconocimiento, lo que evitaría que se apliquen los requisitos previstos en las leyes 30 de 1992, 1188 de 2008 y el decreto reglamentario 1295 de 2010.

Manifiesta que dichas solicitudes han sido negadas porque, según la regulación contenida en la ley 30 de 1992, las universidades propias de los pueblos indígenas no pueden ser catalogadas como entidades públicas, puesto que las entidades de educación superior del Estado sólo pueden ser creadas por la Nación y las entidades territoriales, y en la actualidad, en concepto del Gobierno Nacional, las entidades territoriales indígenas carecen de existencia como tales; además, según la ley 21 de 1991, el derecho de los pueblos indígenas para crear instituciones y programas educativos no es absoluto, puesto que deben cumplir los requisitos que permitan garantizar la calidad del servicio.

En tal virtud pregunta:

“1) ¿Son los territorios indígenas, entidades territoriales?”

2) ¿Puede el Gobierno Nacional modificar, mediante una norma que expida con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, la ley orgánica 715 de 2001, con el propósito de asignar a los pueblos indígenas la competencia de administrar el servicio público educativo y prever a favor de ellos la asignación directa de los recursos del Sistema General de Participaciones con el fin de que puedan asumir dicha competencia, a pesar de que no estén constituidas las entidades territoriales indígenas, en virtud de lo establecido en el párrafo 2° del artículo 37 de la ley 1454 de 2011?”

3) ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política expedir normas, en concertación con los pueblos indígenas, siguiendo el procedimiento de la consulta previa, que regulen el ingreso, permanencia, ascenso, y retiro del servicio y el tema salarial de los etnoeducadores que prestan el

servicio público educativo en territorios indígenas? o conforme al sistema constitucional de fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, ¿Sólo el Congreso de la República está facultado para regular estos aspectos?

4) Con el fin de garantizar la calidad del servicio público educativo, ¿Debe el Estado Colombiano exigir requisitos especiales para reconocer como instituciones de educación superior a las universidades propias que hayan creado las autoridades indígenas? En caso afirmativo, ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, expedir normas mediante las cuales fije tales requisitos?

5) En caso de que no se requiera contemplar requisitos especiales para reconocer como instituciones de educación superior a las universidades propias que hayan creado las autoridades indígenas, ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, expedir normas mediante las cuales reconozca a dichas universidades? o en su defecto ¿Cuál sería la norma jurídica que debería ser expedida?

6) A pesar de que las universidades indígenas propias no sean creadas por la Nación ni por alguna entidad territorial, ¿Pueden ser reconocidas como entidades de carácter público especial, para acceder a los recursos del Presupuesto General de la Nación o de las entidades territoriales?

7) ¿Debe el Estado Colombiano establecer requisitos especiales de calidad para el ofrecimiento y desarrollo de programas académicos por parte de las universidades creadas por las autoridades indígenas? En caso afirmativo ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, expedir normas mediante las cuales fije tales requisitos? o en su defecto ¿Podrían ser aplicables las condiciones de calidad establecidas en la ley 1188 de 2008 y el decreto 1295 de 2010 para el otorgamiento del registro calificado para programas de educación superior?"

II. CONSIDERACIONES

Para efectos de dar respuesta a los interrogantes formulados por la señora Ministra, la Sala considera necesario ocuparse de los siguientes puntos:

A. Los territorios indígenas como entidades territoriales

Según el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado como República unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales.

En tal virtud, las funciones a cargo del Estado pueden cumplirse, entre otros, mediante el esquema de descentralización territorial, como lo anota la jurisprudencia constitucional:

“Existe, por una parte, la denominada descentralización territorial, entendida como el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las entidades territoriales regionales o locales, las cuales se ejecutan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad. Se trata entonces de una situación en la que se le confiere cierta autonomía a las colectividades para el manejo de sus propios asuntos; autonomía que debe ser comprendida desde un aspecto administrativo y financiero, lo cual no significa que las autoridades locales se aparten del control ejercido por el poder central.”¹

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-216 de 1994

Como se aprecia, este modelo de descentralización se fundamenta en la existencia de las entidades territoriales que son conformadas según lo establecido en la Constitución, y ostentan la condición de personas jurídicas de derecho público, correspondiéndole a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial distribuir las competencias entre éstas y la Nación.²

El artículo 286 de la Constitución enuncia las entidades territoriales así:

“ARTÍCULO 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.”

Por su parte, el artículo 329 Superior, para el caso específico de los territorios indígenas, reza:

“ARTÍCULO 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARÁGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.”

Este artículo ha sido interpretado por la Corte Constitucional en el sentido de que es la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, la que debe hacer posible que los territorios indígenas existan como entidades territoriales. En efecto, ha señalado:

*“(…) cabe recordar, que la Constitución prevé que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la **ley orgánica de ordenamiento territorial**, y su delimitación se hará por el gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (art. 329 de la C.P.), ley que no ha sido expedida por el Congreso de la República.*

(…)

En efecto, los territorios indígenas hoy en día no están contruidos como entidades territoriales indígenas, y por tanto no son personas jurídicas de derecho público (…)”

Ahora bien, tratándose de los resguardos indígenas, la Corte Constitucional en la sentencia C- 077 de 2012³ aclaró que tampoco tienen la naturaleza de entidades territoriales, al explicar:

² Ver: Corte Constitucional. Sentencia C 921 de 2007

³ Sentencia dictada con ocasión de una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 11, 12, 13, 14, 20, 22, 23, 24, 49, 175 y 274 ley 1450 de 2011³ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

“5.2.3.3. El argumento de la demanda, como ya se señaló, se concentra en que considera vulnerados los derechos consagrados constitucionalmente para la entidades territoriales, dado que parte del supuesto equivocado de que los resguardos a los que se refiere la norma en estudio tienen esa naturaleza jurídica. Si bien el artículo 357 de la Carta ordenó a la ley determinar los resguardos que para el efecto de participar en las rentas nacionales deberían ser considerados como municipios, no por ello los convirtió en entidades territoriales; así, no es posible confundir como una misma institución los resguardos indígenas y las entidades territoriales indígenas⁴: aquellos son instituciones legales y sociopolíticas de “carácter especial, conformados por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y de su vida interna, por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales”⁵, que no conforman entidades territoriales...”

El 28 de junio de 2011 se expidió la ley 1454 de 2011 *“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”*. Tanto de su encabezamiento como de su objeto, la Sala precisa que se trata de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial a que se refiere, entre otras disposiciones, el artículo 329 de la Carta.

Dice el artículo 1° de la ley 1454:

“ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto dictar las normas orgánicas para la organización político administrativa del territorio colombiano; enmarcar en las mismas el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización político administrativa del Estado en el territorio; establecer los principios rectores del ordenamiento; definir el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial; definir competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas y establecer las normas generales para la organización territorial.

Al analizar el contenido de la Ley se observa que no incluyó los territorios indígenas como entidades territoriales, y sobre este tema se limitó a disponer en el artículo 37, parágrafo 2°, lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. DESARROLLO Y ARMONIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN TERRITORIAL (...)

PARÁGRAFO 2o. En virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso.

En desarrollo de esta norma y cuando corresponda, el Gobierno Nacional hará la delimitación correspondiente, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, como instancia consultiva del proceso.”

⁴ *“Reforma ésta, mediante la cual se consagra expresamente, que para los efectos del SGP serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas, dejando a la ley la obligación de establecer como beneficiarios de tales recursos a los resguardos indígenas, siempre y cuando éstos no se hayan constituido en entidad territorial indígena”*. Sentencia C – 921 de 2007. MP: Clara Inés Vargas Hernández. De la cita expuesta, se puede observar como la jurisprudencia constitucional ha hecho una diferenciación entre entidades territoriales indígenas y resguardos indígenas, siendo imposible la asimilación como si fuera una misma institución.

⁵ Sentencia C – 921 de 2007. MP: Clara Inés Vargas Hernández

De lo hasta aquí expuesto la Sala concluye que a la presente fecha los territorios indígenas aún no están constituidos como entidades territoriales.

B. Aplicación del artículo 56 transitorio de la Constitución Política y antecedentes de la ley 1454 de 2011

El artículo constitucional establece:

“ARTICULO TRANSITORIO 56. Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.”

Jurisprudencialmente se ha considerado que *“la razón de ser de un artículo transitorio es permitir el tránsito de legislación y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales”*⁶.

Se advierte que aunque en principio la facultad que tiene el titular de una determinada competencia para expedir normas es de carácter intemporal, por excepción dicha atribución puede estar sujeta a plazos o condiciones. En el caso del transcrito artículo transitorio 56 de la Carta, la facultad del Gobierno para expedir normas relativas a los territorios indígenas está condicionada a que no se haya expedido la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Como se explicó en el acápite anterior, dicha ley fue expedida mediante la ley 1454 de 2011. Así consta además en los antecedentes de la expedición de la norma, particularmente en la exposición de motivos del proyecto de ley 058 del 2010 – Cámara, en la que el Ministro del Interior y Justicia aseveró:

“Colombia lleva casi 20 años escuchando hablar sobre una ley de ordenamiento territorial, algunos esfuerzos válidos y otros fallidos, nos han dejado lecciones. Pero no nos cabe duda que este momento representa una oportunidad histórica: para el gobierno, para el congreso y para todos los colombianos, de que surtidos los debates, vamos a lograr la aprobación de la gran Ley de Ordenamiento Territorial que todos esperamos.

(...)

Desde la promulgación de nuestra Carta en 1991 el país se acostumbró a oír sobre una Ley de Ordenamiento Territorial, un anhelo y una necesidad tantas veces aplazada, que se materializa hoy aquí en este proyecto que pretende de una vez por todas impulsar el desarrollo regional.

El Proyecto de ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que hoy se presenta a consideración del honorable Congreso de la República define una política de Buen Gobierno que facilita el cumplimiento de los fines esenciales: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la eficiencia de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra constitución.

(...)

Honorables Congresistas: con el trámite de esta iniciativa el país, pero esencialmente, las regiones de Colombia, esperan del Congreso por fin contar con una ley de

⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-544 de 1992 y C-370 de 2000

*ordenamiento territorial que define los principios de la descentralización local, del buen Gobierno y la profundización de la descentralización.*⁷

Posteriormente, el Senador Javier Cáceres radicó el proyecto de ley 141 de 2010, Senado *“por la cual se dictan normas orgánicas de Ordenamiento Territorial y se dictan otras disposiciones”*, en cuya exposición de motivos consignó:

“En este orden de ideas, como bien lo advierte la honorable Corte Constitucional, en materia de ordenamiento territorial la voluntad del constituyente fue aquella de flexibilizar el tema, dejando simplemente sentadas las bases para avanzar en la construcción de un modelo de Estado, labor inconclusa en la cual las leyes orgánicas están llamadas a cumplir un papel protagónico, en tanto que marcos normativos generales a los cuales debe ajustarse la futura actividad legislativa en la materia, caracterizada, a su vez, por un grado mayor de precisión y concreción.

*Por las anteriores consideraciones, el proyecto de LOOT que sometemos a vuestra consideración, establece, de manera general, las pautas para que el legislador ordinario desarrolle, a futuro, determinados temas, con lo cual no puede caracterizarse por entrar en los detalles y precisiones, por cuanto, de esta manera, se estaría petrificando el ejercicio de la actividad legislativa y vaciando de contenido las competencias del legislador ordinario.”*⁸

En el informe de ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se dijo:

*“En concordancia con los antecedentes expuestos, estimamos prioritario someter a consideración de los honorables Representantes esta iniciativa en materia de ley orgánica de ordenamiento territorial que marca una nueva era en la concepción del desarrollo regional, enfatizando aquellos aspectos funcionales que por su simplicidad, versatilidad y eficacia permitirán desarrollar un modelo de estructura político-administrativa del Estado en el territorio.”*⁹

Una vez acumulados los proyectos 058 de 2010 - Cámara y 141 de 2010 -Senado, en el informe de ponencia para primer debate en el Senado, se lee:

“La oportunidad histórica del proyecto de ley de ordenamiento territorial que hace tránsito al Senado de la República para su tercer debate y sobre el cual rendimos ponencia ante la Comisión Primera de Senado, representa un texto que ha requerido el análisis juicioso, ponderado y detallado de cada uno de sus artículos, con el propósito de poder presentar un informe que contenga los lineamientos esenciales que el Constituyente de 1991 planteó y que quedaron pendientes por resolver por remisión constitucional a esta Ley Orgánica de Ordenamiento territorial, desde el Título XI de la Constitución Política.

(...).

*Este Proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial define un modelo de Gobierno en el nivel territorial que facilita el cumplimiento de los fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la eficiencia de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra Constitución, pero que debe procurar una aplicación efectiva y real de los principios constitucionales en la relación armónica entre el nivel nacional y las entidades territoriales.”*¹⁰

Finalmente, para segundo debate en el Senado, el informe de ponencia expresa:

⁷ Gaceta del Congreso No 537 del 23 de agosto de 2010.

⁸ Gaceta del Congreso No 592 del 2 de septiembre del 2010. Página 14

⁹ Gaceta del Congreso No 752, 8 de octubre del 2010. Página 6

¹⁰ Gaceta del Congreso No 62 del 26 de febrero del 2011. Página 2

“Confiamos en que la plenaria del honorable Senado de la República dé el debate favorable a este texto que ha hecho tránsito a esta instancia, reconociendo la oportunidad histórica de definir por fin, después de 20 años de expedida la Carta Política de 1991, un modelo de ordenamiento territorial para Colombia, donde sea posible aplicar con un mínimo de reglas claras los principios constitucionales coordinación, concurrencia, subsidiariedad y complementariedad,. En respeto de la autonomía territorial, pero con una relación de esfuerzos correlacionada y específica en los aportes de la Nación al desarrollo local, para fortalecer por fin una gobernabilidad local, no sólo en términos políticos, sino de cara al desarrollo, la productividad, la competitividad y la consolidación institucional de la autoridad local en el territorio.”¹¹

De los antecedentes relacionados con la discusión del proyecto que se convirtió en la ley 1454 de 2011¹², se concluye con claridad que a través de dicha ley se incorporó al orden jurídico la normativa orgánica de ordenamiento territorial, razón por la cual el Gobierno Nacional perdió la competencia para expedir las normas a que se refiere el artículo 56 transitorio de la Constitución, facultad que quedó exclusivamente en cabeza del Legislador de acuerdo con lo prescrito en el artículo 329 de la Carta y en el parágrafo 2° del artículo 37 de la mencionada ley orgánica.

En consecuencia, no puede el Gobierno acudir a la habilitación del artículo 56 transitorio de la C.P. ni para asignar a los pueblos indígenas la competencia de administrar el servicio público educativo, ni para atribuirles de manera directa recursos del Sistema General de Participaciones, ni para expedir normas que regulen el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servicio o el nivel salarial de los etnoeducadores que prestan el servicio público educativo en territorios indígenas, pues todos ellos, son atribución que han quedado de manera definitiva, en cabeza del legislador.

C. El Sistema General de Participaciones y los territorios indígenas

Esta Sala ha dicho que el Sistema General de Participaciones tiene como fin lograr el equilibrio fiscal y la sostenibilidad de las finanzas públicas nacionales y regionales, así como realizar el espíritu de la Constitución de 1991, según la cual la Nación y las entidades territoriales son “socias”.¹³

El artículo 356 de la C.P. señala como destinatarios de los recursos del Sistema, los departamentos, los distritos, los municipios, las entidades territoriales indígenas, cuando se constituyan, y los resguardos, siempre que éstos no se hayan constituido como entidades territoriales indígenas. Dice así la parte pertinente del precitado artículo:

“Artículo 356. Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

¹¹ Gaceta del Congreso No 304 del 24 de mayo del 2011: Página 8

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 18 de mayo del 2006. Radicación 1737

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre...”

El Sistema General de Participaciones refleja el hecho de que existe un estrecho nexo entre la obligación del Estado de garantizar la prestación de los servicios básicos y la distribución de competencias entre las entidades territoriales.¹⁴

Ahora bien, según la Corte Constitucional, los recursos del sistema hacen parte del gasto público y por ende, del Presupuesto Nacional, por lo que requieren de una ordenación jurídica que comprenda el conjunto de autorizaciones para financiar la satisfacción de los requerimientos y necesidades de la sociedad, así como una regulación imperativa interna de las competencias de la Administración para el manejo y distribución de dicho gasto, cuya ejecución no es discrecional sino reglada.¹⁵

Dentro de este contexto, las normas vigentes disponen que solamente podrán percibir recursos del Sistema General de Participaciones las entidades territoriales indígenas, cuando se hayan constituido como tales, y los resguardos, a menos que éstos se transformen en entidades territoriales indígenas.

Ahora, como ya se explicó en acápite anterior, el Gobierno Nacional perdió la competencia para expedir las normas a que se refiere el artículo transitorio 56 de la Constitución, y corresponderá entonces al Congreso mediante ley especial, regular lo relativo a las entidades territoriales indígenas, en aplicación del parágrafo 2° del artículo 37 de la ley 1454 de 2011.

En tal virtud, no resulta viable, como lo pretenden los representantes de las comunidades indígenas, que el Gobierno Nacional modifique la ley 715 de 2001, mediante una norma que expida con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, con el propósito de asignar a los pueblos indígenas la competencia para administrar el servicio público educativo y prever a favor de ellos la asignación directa de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Además, no debe olvidarse que la ley 715 de 2001¹⁶ es una ley orgánica, lo que implica que las modificaciones a la misma, sólo pueden hacerse a través de una ley de similar naturaleza y categoría.

D. Requisitos especiales para reconocer como instituciones de educación superior a las universidades propias que hayan creado las autoridades indígenas

¹⁴ Ver: Corte Constitucional. Sentencia C-983 de 2005

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2007

¹⁶ C.P. artículo 151.

El artículo 7° de la Constitución reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación, y de contera la de los pueblos indígenas. En materia educativa, el artículo 68 ibídem dispone que “[l]os integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural” y a que la enseñanza que se imparta sea bilingüe, cuando las comunidades tengan tradiciones lingüísticas propias¹⁷.

Para interpretar el sentido y alcance del derecho al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señala que el Convenio 169 de la O.I.T. que hace parte del bloque de constitucionalidad¹⁸, es un punto de referencia obligado.¹⁹

Dicho convenio fue aprobado por la ley 21 de 1991 y versa sobre los “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Dice el Convenio en la parte atinente a educación:

“Educación y medios de comunicación.

Artículo 26. Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos 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.

Artículo 27. 1. 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, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.”

Del articulado transcrito se desprende que a los miembros de los pueblos indígenas se les debe garantizar el acceso a todos los niveles educativos, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

También se prevé que el Estado a través de la autoridad competente, que para el caso colombiano es el Legislador, debe establecer las normas mínimas que regulen la creación y organización de las entidades educativas propias, correspondiéndole al Gobierno la obligación de reconocer el derecho de los pueblos indígenas a crear dichas instituciones y medios de educación, siempre y cuando lo hagan de conformidad con los requisitos que establezcan las disposiciones legales.

Así las cosas, si bien es cierto que dentro del contexto de diversidad étnica y cultural de la Nación es necesario contar con un sistema educativo que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas, no puede pasarse por

¹⁷ C.P. artículo 10

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-169 de 2001 y C-401 de 2005

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencias C 921 de 2007 y T-704 de 2006.

alto que la preservación de tal diversidad cuando pugna con otros intereses puede ser restringida válidamente si ello es necesario para salvaguardar un interés de superior jerarquía, siempre que la medida sea lo menos gravosa posible.²⁰

Ahora bien, existe el interés superior de que la educación sea de calidad, y para garantizar que así sea, corresponde al Estado regular, inspeccionar y vigilar la prestación del servicio.²¹

En términos de calidad, el artículo 6 de la ley 30 de 1992 la educación superior tiene entre objetivos, los de capacitar para cumplir las funciones profesionales, investigativas y de servicio social que requiere el país, desarrollar y transmitir el conocimiento en todas sus formas y expresiones, promover la unidad nacional, la descentralización, la integración regional y la cooperación interinstitucional, e incentivar la formación y consolidación de comunidades académicas y la articulación con sus homólogas a nivel internacional.

Esta Sala ha dicho²² que los títulos académicos están directamente relacionados con el conocimiento de un saber que habilita a quien lo tiene para asumir las responsabilidades inherentes al ejercicio de una tarea, y permiten tener certeza de que existen competencias académicas suficientes para ello, con las cuales se garantizan niveles mínimos de atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

Por lo anterior, es menester que el Estado exija requisitos para el reconocimiento de universidades indígenas propias, con el fin de garantizar estándares mínimos de calidad de formación, y hacer que los recursos académicos, tecnológicos y científicos confieran a sus egresados unas condiciones tales, que les permita competir con los demás miembros de la comunidad universitaria nacional e incluso internacional.

Así las cosas, no sólo es posible la exigencia de requisitos especiales para el reconocimiento de universidades indígenas, sino que éstos no pueden ser menores a los que se demandan de las otras universidades para garantizar una educación de calidad.

Además la Sala recuerda que el inciso final del artículo 67 de la Constitución Política dispone que *“[l]a Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley”*

Para cumplir estos objetivos, el Legislador expidió la ley 30 de 1992 *“Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*, que en su artículo 58 prevé que *“[l]a creación de universidades estatales u oficiales y demás instituciones de Educación Superior corresponde al Congreso Nacional, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales o a los Concejos Municipales, o a las entidades territoriales que se creen (...)”*

Por su parte, el artículo 59 ibídem dispone que a partir de la vigencia de la Ley, *“la creación de universidades estatales u oficiales o de seccionales y demás instituciones de Educación Superior estatales u oficiales debe hacerse previo convenio entre la Nación y la entidad territorial respectiva, en donde se establezca el monto de los aportes permanentes de una y otra.”*

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2012

²¹ Constitución Política. Artículo 67.

²² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2036 del 23 de septiembre de 2010

Finalmente, según el artículo 57 ejusdem, las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, y las instituciones que no tengan el carácter de universidad, deberán organizarse como establecimientos públicos del orden Nacional, departamental, distrital o municipal.

Anota la Sala que la autonomía que el ordenamiento confiere a las universidades, según ha dicho la Corte Constitucional²³, no las califica como órganos soberanos de naturaleza supraestatal ni les otorga una competencia que desborde los postulados jurídicos, sociales o políticos que dieron lugar a su creación, puesto que *“cualquier entidad pública [o privada] por el simple hecho de pertenecer a un Estado de derecho, se encuentra sujeta a límites y restricciones determinados por la Constitución y la ley”*²⁴.

De la normativa descrita se concluye que el Estado sólo puede reconocer las universidades indígenas en la medida que sean creadas por el Congreso Nacional, las asambleas departamentales, los concejos distritales o municipales, o las entidades territoriales, de conformidad con las exigencias que fije la ley, previo cumplimiento del procedimiento de consulta previsto en el artículo 27 del Convenio 169 de la O.I.T.

Así las cosas, esas universidades, si no se ajustan a los requisitos de ley, tampoco podrán recibir recursos públicos, pues la ejecución presupuestal tiene una regulación imperativa con autorizaciones jurídicas para el manejo y distribución del gasto.²⁵

En efecto, no debe perderse de vista que el presupuesto es un asunto de la mayor trascendencia e importancia por cuanto que es una herramienta macroeconómica para el logro de los objetivos estatales, que por demás justifica que para su elaboración y ejecución existan procedimientos rigurosos. Así, no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas. No se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos (artículo 345 C.P.), que debe corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (artículo 346 C.P.). En la ley de apropiaciones no se puede incluir partidas que no correspondan a un crédito judicialmente reconocido, a un gasto decretado conforme a ley anterior, a uno propuesto por el Gobierno para atender el funcionamiento de las ramas del poder público, al servicio de la deuda o a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo (artículo 346 C.P.). También se dispone que el proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva, etc.²⁶

III. La Sala RESPONDE:

1) *¿Son los territorios indígenas, entidades territoriales?*

De acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Política, los territorios indígenas no son entidades territoriales, y la ley orgánica de ordenamiento territorial expedida como la ley 1454 de 2011, no otorgó a los territorios indígenas el carácter de entidades territoriales.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-1435 de 2000

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-310 de 1996

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2007

²⁶ Ver sentencia de la Corte Constitucional C 935 de 2004.

2) *¿Puede el Gobierno Nacional modificar, mediante una norma que expida con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, la ley orgánica 715 de 2001, con el propósito de asignar a los pueblos indígenas la competencia de administrar el servicio público educativo y prever a favor de ellos la asignación directa de los recursos del Sistema General de Participaciones con el fin de que puedan asumir dicha competencia, a pesar de que no estén constituidas las entidades territoriales indígenas, en virtud de lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 37 de la ley 1454 de 2011?*

Al haberse expedido la ley 1454 de 2011, orgánica de ordenamiento territorial, a que se refiere el artículo 329 de la C.P. y de acuerdo con lo dispuesto por el parágrafo 2° del artículo 37 de la misma, el Gobierno Nacional perdió la competencia que en forma condicional se le asignó en el artículo transitorio 56 de la Carta. Por tanto no es posible que, con la finalidad enunciada en la pregunta, el Gobierno Nacional, con fundamento en dicho artículo transitorio, modifique la ley 715 de 2001.

3) *¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política expedir normas, en concertación con los pueblos indígenas, siguiendo el procedimiento de la consulta previa, que regulen el ingreso, permanencia, ascenso, y retiro del servicio y el tema salarial de los etnoeducadores que prestan el servicio público educativo en territorios indígenas? o ¿conforme al sistema constitucional de fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sólo el Congreso de la República está facultado para regular estos aspectos?*

El Gobierno no puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 56 transitorio de la Constitución Política para expedir normas que regulen el ingreso, ascenso, permanencia y retiro de los etnoeducadores, pues como se explicó en la anterior respuesta, dicha competencia corresponde de manera exclusiva al Congreso de la República.

4) *Con el fin de garantizar la calidad del servicio público educativo, ¿Debe el Estado Colombiano exigir requisitos especiales para reconocer como instituciones de educación superior a las universidades propias que hayan creado las autoridades indígenas? En caso afirmativo, ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, expedir normas mediante las cuales fije tales requisitos?*

5) *En caso de que no se requiera contemplar requisitos especiales para reconocer como instituciones de educación superior a las universidades propias que hayan creado las autoridades indígenas, ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, expedir normas mediante las cuales reconozca a dichas universidades? o en su defecto ¿Cuál sería la norma jurídica que debería ser expedida?*

7) *¿Debe el Estado Colombiano establecer requisitos especiales de calidad para el ofrecimiento y desarrollo de programas académicos por parte de las universidades creadas por las autoridades indígenas? En caso afirmativo ¿Puede el Gobierno Nacional, con fundamento en el artículo transitorio 56 de la Constitución Política, expedir normas mediante las cuales fije tales requisitos? o en su defecto ¿Podrían ser aplicables las condiciones de calidad establecidas en la ley 1188 de 2008 y el decreto 1295 de 2010 para el otorgamiento del registro calificado para programas de educación superior?*

Debido a su unidad temática, la Sala responde las preguntas 4, 5. y 7

Como se ha explicado, al haberse expedido la ley orgánica de ordenamiento territorial a que se refiere el artículo 329 de la C.P., el Gobierno Nacional perdió la competencia que en forma condicional se le asignó en el artículo transitorio 56 de la C.P, por tanto sólo el legislador, previa consulta a los pueblos indígenas, puede expedir una regulación especial con requisitos particulares para el reconocimiento de universidades indígenas propias, teniendo en cuenta que los mismos no pueden ser menores de los que se exigen a las otras universidades para garantizar una educación de calidad.

6) A pesar de que las universidades indígenas propias no sean creadas por la Nación ni por alguna entidad territorial, ¿Pueden ser reconocidas como entidades de carácter público especial, para acceder a los recursos del Presupuesto General de la Nación o de las entidades territoriales?

Mientras no cumplan con las exigencias mínimas establecidas por las leyes vigentes que regulan la forma de creación y organización de las universidades, o las que se establezcan a través de leyes que se expidan en el futuro, previo el requisito de consulta, las universidades indígenas propias no pueden ser reconocidas como entidades públicas especiales con el fin de que puedan acceder de manera directa a los recursos del presupuesto general de la nación o de las entidades territoriales.

Remítase a la señora Ministra de Educación Nacional y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Presidente de la Sala

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO
Consejero de Estado

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Consejero de Estado

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala