

ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS – Exclusión / TERRITORIOS INDÍGENAS – Determinación / TERRITORIOS INDÍGENAS DEL CAUCA – Establecimientos educativos

[U]no de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad; en este caso, la determinación de establecimientos educativos se configura sin lugar a dudas como un sitio clave que permite la preservación, reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, en tanto, permite afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura. [...] En este sentido, no será la certificación que se haga por las autoridades competentes la que determine la existencia o delimitación de los territorios indígenas sino que éstos serán definidos como el espacio donde los pueblos indígenas desarrollan su identidad cultural; así, la noción de territorio indígena se desplaza de una concepción espacial vinculada al reconocimiento estatal de la propiedad, a una relación con la tierra íntimamente ligada a la existencia y supervivencia de los pueblos indígenas desde el punto de vista social y cultural. [...] En relación con los establecimientos educativos: CENT EDUC AGUA CLARA - Sede CENT RUR MIX MATECANA (código 219780000432) y del CENT EDUACTIVO GUADUALITO - Sede ESC RUR MIX DE DE GUADUALITO (código 219780000769), la Sala llama la atención que del referido listado anexo (ut supra § 8.1.1.) y las demás pruebas aportadas en el curso del proceso, no se puede establecer que se traten de territorios indígenas por vinculación de la población indígena a dichos establecimientos, como quiera que los registros consignados indican como población: cero (0) estudiantes indígenas, y si bien se hizo la observación de “VERIFICAR. CORREGIR MATR...”, no obra prueba alguna en el expediente que permita establecer que la población indígena del Cerro Tijeras ejerce actividades educativas en dichas sedes. No obstante lo anterior, y como fuera puesto de presente en el recurso de apelación, la Sala deberá tener en consideración que mediante la acción de tutela nro. 2011-00068-01, el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán encontró acreditado, en dicha acción constitucional, que las instituciones educativas Centro Educativo Agua Clara, Centro Rural Mixto Matecaña, Centro Educativo Guadualito y otro, se sitúan en el territorio indígena de Cerro Tijeras, razón por la cual, en aras de mantener la integridad y coherencia de las decisiones judiciales proferidas sobre dichos establecimientos educativos en concreto, se considerarán también como parte del territorio indígena de Cerro Tijeras.

ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS – Exclusión / COMUNIDADES INDÍGENAS DEL CAUCA – Afectación por exclusión de establecimientos educativos

[L]a Sala puede concluir que con la expedición del acto acusado se generó una afectación a las comunidades indígenas del Cauca, como quiera que con la exclusión de los treinta y dos (32) establecimientos educativos del Decreto núm. 591-12-2009, se impacta a la población indígena que en ellos se atiende, y se limitó en ellos la implementación de un sistema educativo indígena propio como se concertó en las reuniones previas realizadas entre las autoridades de las comunidades indígenas, los representantes del Departamento del Cauca y el Ministerio de Educación.

ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS – Exclusión / REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Trámite / ACTO QUE EXCLUYE ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS – Es un acto definitivo autónomo / REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Consentimiento previo

La Sala advierte que desacierta el a quo al señalar que mediante el acto acusado se produjo una mera corrección del Decreto núm. 591-12-2009, por lo cual no se requería adelantar la consulta previa. A estos efectos observa la Sala que el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha de expedición del acto acusado, señalaba que la corrección de los actos administrativos de carácter particular y concreto se efectuaba a través de la figura de la revocatoria, y en su inciso tercero indicaba que "...siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión". En este sentido, sea lo primero señalar que el acto acusado, este es, el Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, no puede considerarse como la corrección de simples errores aritméticos o de hecho del Decreto núm. 591-12-2009, ya que la decisión allí contenida incide en la determinación de los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena, al excluir parcialmente algunas de esas Instituciones y Centros Educativos. El acto acusado tampoco se considera un acto de corrección del Decreto núm. 591-12-2009, como quiera que, por tratarse de un acto de carácter particular y concreto, la exclusión de establecimientos educativos determinados en el citado Decreto 591 constituiría una revocatoria parcial del mismo, por lo que debió haber agotado, en los términos de los artículos 74 y 73, inciso 1º del CCA, una nueva la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes del referido código, previo consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, lo que no ocurrió en el presente caso. Este punto se hace relevante a considerar, pues es evidente que de tratarse de una revocatoria directa debió haber obtenido el consentimiento de los directamente interesados o justificar, en las causales específicas, la revocación del acto, lo que no ocurrió. No obstante, este asunto no fue objeto del recurso de apelación. A partir de lo anterior, la Sala llega a la conclusión que el Decreto nro. 0102-04-2010 es un acto definitivo autónomo que, si bien produjo como efecto modificar y excluir parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 591 de 2009, se trata de una medida administrativa diferente a la primera decisión.

ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS – Exclusión / CONSULTA PREVIA – Obligatoriedad / CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS – Debió realizarse antes de la expedición del acto que excluye establecimientos educativos donde estudia población principalmente indígena del Decreto 591-12-2009

La medida administrativa adoptada mediante el acto acusado claramente se inserta en uno de los tópicos que conforme el Convenio 169 de la OIT, requieren que se adelante consulta previa, como lo son las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y la enseñanza y conservación de la lengua. En segundo lugar, como se analizó en el acápite de hechos (*ut supra* § 8.5.), la medida administrativa adoptada mediante el acto acusado, esto es, el Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, mediante la exclusión de 32 establecimientos educativos, donde estudia población indígena, en la mayoría de los casos predominante, generó una afectación directa a las comunidades

indígenas del RESGUARDO DE CALDONO, RESGUARDO LA LAGUNA, RESGUARDO LAS MERCEDES, LA GAITANA, SAN ANDRÉS, T. IND. RAICES DE ORIENTE, LA MARÍA, CABILDO PAPALLAQTA, RESGUARDO SAN SEBASTIÁN, MUNCHIQUE LOS TIGRES, CANOAS, CERRO TIJERAS y TOTORO. En particular, de los hechos acreditados se pudo establecer que la exclusión de las 32 instituciones o centros educativos, contenida en el acto acusado, se afectó de manera directa a las comunidades indígenas que habían concertado su determinación en el Decreto 0591 de 2009, restringiendo que puedan lograr dentro del contexto de diversidad étnica y cultural de la Nación, contar con un sistema educativo que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas, y, por tanto, constituyó una medida administrativa susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas del Cauca, sujetos de la presente demanda, por lo que requería adelantar el trámite de consulta previa para su expedición; el no hacerlo, constituyó una infracción al Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991. [...] De lo anterior se puede concluir que la expedición del Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, expedido por el Gobernador del Cauca, al haberse dictado sin agotar la consulta previa con las autoridades indígenas del Cauca, representadas en el CRIC, desconoció los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Constitución Política, y el Convenio 169 de la OIT, en particular, los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991.

CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS – Aspectos generales

FUENTE FORMAL: CONVENIO 169 DE 1989 OIT / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 28 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 73 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 74 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 1 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 7 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 70 / LEY 21 DE 1991 – ARTÍCULO 6 / LEY 21 DE 1991 – ARTÍCULO 7

NORMA DEMANDADA: DECRETO 010 DE 2010 (12 de abril) GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL CAUCA (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00199-01

Actor: ELIDES PECHENE IPÍA

Demandado: DEPARTAMENTO DEL CAUCA

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD – C.C.A

Acto Acusado: Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010

Tesis: No hace parte del mismo procedimiento administrativo el acto que modificó y excluyó parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto que determinó los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena.

Es nulo el acto administrativo que excluyó 32 establecimientos educativos donde estudia población mayoritariamente indígena, del Decreto núm. 591-12-2009, cuando no se agotó una nueva consulta previa a pesar de que para su determinación sí se había surtido la misma con las autoridades indígenas y con ello se afecta directamente su comunidad.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. En ejercicio de la acción de simple nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), el señor ELIDES PECHENE IPÍA, a través de apoderado, pretendió¹ la nulidad del Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, "*Por medio del cual se modifica y excluye parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591 de diciembre 30 de 2009*", expedido por el Gobernador del Departamento del Cauca, por violación directa de la ley, estar falsamente motivado, haberse expedido irregularmente y con violación al debido proceso y derechos fundamentales de las comunidades indígenas del departamento del Cauca; igualmente, solicitó la nulidad de las certificaciones de las alcaldías de Inza, La Vega, Caldon, Suárez, Piendamó, San Sebastián, Morales, Santander de Quilicháo y Totoró, mediante las cuales se certificaron que algunos establecimientos educativos no se encuentran en territorios indígenas (actos de trámite)².

1.2. Adujo como hechos de la demanda que se expidió el Decreto núm. 591-12-2009, por medio del cual se determinan los establecimientos educativos oficiales y

¹ Según se indicó en la corrección de la demanda contenida en el memorial de 14 de julio de 2010, con el cual se da cumplimiento a lo ordenado en el auto de 6 de julio de 2010 que inadmitió la demanda (folios 127 a 128 del cuaderno del Tribunal).

² Mediante Auto de 21 de julio de 2010, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca admitió la demanda de nulidad propuesta pero solo frente al **Decreto 0102-04-2010**, no así respecto a las certificaciones municipales.

sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena.

Destacó que el citado decreto fue resultado del proceso de concertación³ adelantado por las autoridades indígenas del Cauca, representados en el Consejo Regional Indígena CRIC, la Secretaría de Educación del Departamento del Cauca y con el acompañamiento del Ministerio de Educación, en cumplimiento del artículo 6 de la Ley 21 de 1991 y los artículos 14, 18 y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconocen el derecho a la consulta previa, libre e informada, ante medidas administrativas o legislativas que puedan afectarles.

Indicó que el 12 de abril de 2010, la Gobernación del Departamento del Cauca, sin mediar información alguna y sin consulta con las autoridades indígenas o el Ministerio de Educación, expidió el Decreto núm. 0102-04-2010, aquí demandado, por medio del cual se modifica y excluyen algunos establecimientos educativos indígenas del Decreto núm. 0591-12 de 2009.

1.3. Los cargos planteados contra los actos administrativos atacados, pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.3.1. Primer cargo: Infracción a las normas en que deberían fundarse los actos acusados

Como normas infringidas se señalaron las previstas en el artículo 93 de la Constitución Política, en concordancia con el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas, que constituyen bloque de constitucionalidad; los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Constitución Política, así como los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991.

Indicó que las normas referidas se vulneraron en la medida que *“el Departamento del Cauca NO realizó la consulta previa, libre e informada, a pesar que con ello se excluía 32 establecimientos educativos del decreto 0591-12-2009, que como se*

³ Afirmó que el proceso de concertación, adelantado con el acompañamiento del Ministerio de Educación, respondió a) al reiterado desconocimiento que la Secretaría de Educación del Departamento ha tenido del derecho fundamental que les asiste a los pueblos indígenas de tener educación propia; b) el continuo “desmantelamiento” de la planta de personal docente y directivo de los territorios indígenas realizado hace por lo menos ocho años por la Secretaría de Educación departamental y el desconocimiento de la Directiva 013 de 16 de junio de 2006; c) la vulneración a un salario justo a los etnoeducadores; d) la necesidad de adelantar proyectos educativos que permitan recuperar la cultura y en el marco de las formas organizativas propias; e) la violación a la consulta previa e informada desconociendo la normativa sobre la materia y los criterios jurisprudenciales.

probará un gran porcentaje atienden población mayoritariamente indígena y a pesar que se había concertado con el Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC, previamente un procedimiento para la expedición de los actos administrativos que definieran los establecimientos educativos que atienden la población indígena en el departamento del Cauca”.

Agregó, bajo lo que denominó fundamento jurisprudencial, el reconocimiento que han hecho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre otros el de la diversidad étnica y cultural, y el derecho a la consulta previa, libre e informada, como elementos esenciales para la supervivencia de dichos pueblos; en su apoyo refirió diferentes extractos de las sentencias C-461 de 2008, C-208 de 2007 y T-778 de 2005, de la Corte Constitucional.

Adujo que el Decreto núm. 0591 de 2009 permitía establecer dónde se encontraban estudiando los menores indígenas, y con ello, la posibilidad de adecuar la administración de dichos establecimientos educativos, de tal forma que se respetara y promoviera el derecho colectivo e individual a una educación propia; no obstante, el acto acusado, al excluir unilateralmente 32 de esos establecimientos educativos, desconoció la posibilidad de los estudiantes indígenas allí matriculados a tener un proyecto educativo comunitario (PEC) que respete y promueva su identidad cultural, y que las autoridades indígenas tuvieran injerencia en la construcción de los programas educativos; consideró que como consecuencia del acto acusado la población estudiantil, que es mayoritariamente indígena, no recibirá educación bilingüe ni tendrán maestros etnoeducadores.

1.3.2. Segundo cargo: Falsa motivación

Previa referencia del concepto de territorio indígena, contenida en el inciso segundo del artículo 2 del Decreto 2164 de 1995, afirmó que éste no se relaciona necesariamente con los títulos de propiedad, sino que tiene relación con la posesión de áreas y con el ejercicio de actividades sociales, culturales y económicas de los pueblos indígenas; acto seguido, manifestó que la motivación del acto acusado no se ajusta a la realidad material ni jurídica por las siguientes razones:

En primer lugar, adujo que no es cierta la referencia que se hace en el Decreto 0102-04-2010 de las actas 01 y 02 del 10 y 23 de marzo de 2010, según las cuales se dispuso excluir las instituciones y centros educativos que no hacen parte

de los territorios indígenas, según lo manifestaron las comunidades educativas que presentaron su inconformismo; precisó que al revisar el contenido de dichas actas en ninguna de sus partes aparece tal afirmación categórica.

En segundo lugar, adujo que según el acto demandado, la exclusión de los establecimientos educativos se fundamentó en las certificaciones expedidas por los municipios, asunto que resulta inapropiado como quiera que no pueden éstos establecer cuáles son los territorios indígenas, , vía señalamiento en el POT o EOT, ni certificar su existencia; no obstante lo anterior, en gracia de discusión, señaló que algunos municipios faltan a la verdad en relación con la ubicación de los establecimientos educativos en territorios indígenas y enunció casos como el del municipio de Caldon, donde pese a hacerse la rectificación posterior sobre la ubicación de uno de los establecimientos educativos, ello no se tuvo en cuenta al momento de expedir el acto acusado.

En tercer lugar, refiere que es falsa la motivación del acto acusado cuando aduce que el Incoder está certificando la titulación de tierras a las comunidades indígenas, lo que desconoce la realidad jurídica y existencia de los territorios indígenas, pues no todos estos son titulados.

1.3.3. Tercer cargo: Expedición irregular con violación al debido proceso

Señaló que aparte de haberse violado el derecho fundamental a la consulta previa, no podía expedirse el acto acusado sin antes modificar los actos administrativos que hacen parte integral del Decreto 0591 de 2009⁴.

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. Mediante escrito de 6 de octubre de 2010, la entidad demandada, a través de apoderada, contestó la demanda indicando que es cierto que dentro de las políticas públicas del sector, acorde con el Decreto 1396 de 1996, el Decreto 2406 de 2006, el estudio técnico elaborado con la coordinación de la División de Cobertura de la Secretaría de Educación Departamental, la mesa de trabajo llevada a cabo con las autoridades indígenas tradicionales y con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, se determinaron los

⁴ En relación con las certificaciones de las alcaldías de Inza, La Vega, Caldon, Suárez, Piendamó, San Sebastián, Morales, Santander de Quilichao y Totoró, reiteró que las mismas no tienen la entidad de definir, conforme los planes de ordenamiento territorial o los esquemas de ordenamiento territorial, los territorios indígenas; en sus palabras, fueron expedidas de manera irregular y por quien no estaba facultado legalmente para hacerlo, están afectados de falsedad pues no se ajustan a la realidad del contenido de los mismos EOTs y POTs de cada municipio.

establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes que se encontraban ubicados en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena; así mismo, indicó frente a los hechos que es cierto que mediante el decreto demandado se modificó el Decreto 0591 de 2009, de conformidad con las certificaciones expedidas por los alcaldes municipales y de acuerdo con el POT.

2.2. Como razones de la defensa adujo que el acto acusado fue expedido por el señor Gobernador con el lleno de los requisitos legales; para ello refirió el artículo 13 del Decreto 1397 de 1996, el artículo 6º de la Ley 21 de 1991 y el Decreto 2406 de 2007, por el cual se crea la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para los pueblos indígenas. Citó así mismo la Ley 115 de 1994 y el Decreto reglamentario 804 de 1995, el cual establece en su artículo 5º que la formación de etnoeducadores constituye un proceso permanente de construcción e intercambio de saberes que se fundamenta en la concepción de educador prevista en el artículo 115 de 1994; señaló que en el caso bajo estudio la Secretaría de Educación departamental convocó a una mesa de trabajo a las autoridades indígenas del Cauca, con el acompañamiento del Ministerio de Educación, los días 27 y 28 de octubre de 2009, lo que concluyó con la expedición del Decreto 0591-12-2009, en el cual se determinaron los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes, ubicados en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena.

Señaló que las comunidades educativas de los municipios de Inza, Suárez, San Sebastián, Totoró, La Vega, Morales, Piendamó, Santander de Quilichao y Caldono efectuaron reclamaciones y manifestaron un inconformismo generalizado, argumentando que algunas instituciones educativas, determinadas en el Decreto 0591-12-2009, no se encuentran ubicadas en territorios indígenas, y por lo tanto, solicitaron se les excluyera del mencionado Decreto. En virtud de ello, la Secretaría de Educación departamental solicitó a las respectivas alcaldías municipales certificar las instituciones educativas y centros educativos que no se encuentran ubicados en territorios indígenas conforme a los planes de ordenamiento territorial, y con dichas certificaciones se determinó excluir las instituciones y centros educativos que no pertenecen a territorios indígenas. Agregó que en el mismo sentido fue suministrada la información por el Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, en virtud de ello se expidió el acto acusado.

2.1.3. Con el fin de establecer la competencia del Gobernador para expedir el acto acusado citó los artículos 150, numerales 2 y 23, 123, 287, 300, 303 y 305, numeral 15 de la Constitución Política; así como los numerales 6.1.2 y 6.2.7 del artículo 6º de la Ley 115 de 2001.

2.1.4. Concluyó su contestación indicando: «3. *Con ocasión al concurso convocado por la administración departamental en el año 2009, los Docentes y Directivos docentes relacionados en listado expedido por la Secretaría de Educación, se encuentran en periodo de prueba. Al igual que los pagos efectuados por concepto de bonificación de difícil acceso a los docentes que laboran en las Instituciones y Centros educativos atinente al Decreto No. 0102 del 12 de abril de 2010*».

3. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 21 de junio de 2012, el Tribunal Administrativo del Cauca denegó las pretensiones de la demanda. La decisión se apoyó en las siguientes consideraciones:

3.1. En relación con el **cargo relativo a la omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas**, señaló que (i) la educación es fin supremo de la República y un servicio público a cargo del Estado, por lo que éste debe velar por una prestación efectiva y de calidad; (ii) corresponde a los departamentos, según la Ley 715 de 2001, prestar asistencia técnica educativa, financiera y administrativa a los municipios a quienes se les otorgó la dirección, planeación y prestación del servicio; (iii) La consulta previa no comporta la búsqueda de un acuerdo o consentimiento absoluto por parte de las comunidades indígenas frente a las decisiones de las autoridades competentes; (iv) en el caso bajo estudio sí se surtió un procedimiento previo de consulta con las comunidades indígenas sobre la ubicación de los establecimientos educativos en los territorios indígenas del Departamento del Cauca, el cual culminó con el Decreto 591 de 2009; (v) el acto acusado, que excluyó algunos establecimientos educativos, se expide con ocasión de las reclamaciones presentadas por las propias instituciones educativas, soportado en las certificaciones municipales de no ubicación de los mismos en territorios indígenas; (v) la finalidad del acto demandado, Decreto 0102-04-2010, no es otra que la de corregir los errores en que había incurrido el Decreto 591 de 2009, por lo que este proceso constituye uno solo y en virtud de ello las comunidades indígenas fueron consultadas, sin que se afecte el derecho a la educación con el acto de corrección.

Así, no resulta exigible a la administración departamental adelantar consultas previas a las comunidades indígenas para cada decisión que ésta deba adoptar, pues ello implicaría la petrificación y paralización de la actividad del aparato estatal contrariando normas constitucionales, según las cuales, las autoridades están facultadas para adoptar las decisiones que emanan de sus respectivas competencias.

Respecto del pluralismo en el Estado social de derecho y la garantía del derecho a la educación de las comunidades, adujo: *«En razón a que las instituciones educativas que fueron excluidas del Decreto 951 (sic) de 2.009, no se encuentran ubicadas en territorios indígenas y, adicionalmente, concurren a ellas, tanto población campesina, mestiza e indígena, es prioritario que se respete la diversidad étnica y cultural de las comunidades que se encuentran asentados en estos territorios y se les permita acceder al servicio público de educación en condiciones de igualdad»*

3.2. En relación con el **cargo de falsa motivación** (i) rechazó el argumento según el cual las actas 01 y 02 de 2010 no indicaron que debían excluirse 32 establecimientos educativos, como quiera que en ellas se discutieron las inconformidades elevadas por algunas instituciones educativas y se determinó el procedimiento para excluir del Decreto 591 de 2009 a las instituciones que no se encuentran ubicadas en territorios indígenas, conforme a las certificaciones que para el efecto expedieran los alcaldes municipales en donde se encuentran ubicadas; (ii) en relación con las competencias de los alcaldes municipales para definir los territorios indígenas, indicó que el argumento del demandante se centra en que las instituciones excluidas sí se encuentran en territorio indígena por ser allí donde desarrollan sus actividades académicas las comunidades; sin embargo, esta situación no se probó, y en esa misma circunstancia el actor no demostró la causal de falsa motivación que alegó.

3.3. En relación con el tercer cargo, por **violación al debido proceso**, según el cual el acto acusado no podía expedirse sin modificar previamente los actos administrativos que hacían parte integral del Decreto 591 de 2009, el tribunal adujo que *«Si bien los estudios que antecedieron a la expedición del decreto 591 de 2009 forman parte integral del acto, esta situación no supone la configuración*

de un acto complejo, que implique que cualquier modificación de la voluntad de la administración expresada en el decreto que conlleve necesariamente la modificación de los documentos que lo antecedieron»; agregó que, no obstante lo anterior, cada acto administrativo debe estar sustentado para no tornarse arbitrario, lo cual ocurrió en el caso concreto, en tanto el acto acusado se fundamentó en las constancias expedidas por las máximas autoridades administrativas del municipio, quienes certificaron que las instituciones allí enlistadas no se encontraban en territorios indígenas. Concluyó por lo anterior que el acto no se expidió de manera irregular o con violación al debido proceso.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso, oportunamente, recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Los fundamentos se extractan así:

«[...] 1- PRIMERA CAUSAL: VIOLACION DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY (Artículos 1, 2, 7 y 70 de la C.P., artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991). El fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, considera en este punto que la Gobernación del Cauca no estaba obligado (sic) a realizar una nueva consulta previa con las comunidades indígenas del Cauca para la expedición del decreto 0102 de 2010, porque según el Tribunal para la expedición del anterior decreto 0591 ya se había realizado dicha consulta; argumento que no comparte la suscrita parte demandante toda vez que dicho pronunciamiento no se compadece ni está dentro de los mínimos establecidos por la Ley 21 de 1991, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de la OEA ni la Corte Suprema de Justicia de Colombia para la consulta previa con las comunidades indígenas.

De acuerdo con la ley 21 de 1991, la consulta previa debe realizarse de la siguiente manera: "Artículo 6o 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; Ley 21 de 1991 6/23; b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados (sic) puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

Es clara la norma en que la consulta procede cada vez que se adopte una medida legislativa o administrativa que sea

susceptible de afectarles: decir que ya se había realizado dicha consulta con el decreto anterior, es afirmar que los dos decretos son el mismo acto, cuando no es así, el primero identificaba los establecimientos educativos ubicados en territorios indígenas o que atendían población mayoritariamente indígena y el segundo excluye unos establecimientos del primero o sea que tienen fines diferentes, numeración diferente, fechas diferentes, motivaciones diferentes por lo que no son el mismo acto.

Por este y otros motivos, la Corte Constitucional en sentencia de tutela T 116 de 2011, declaró la inaplicabilidad de la norma aquí acusada, precisamente porque para su expedición no se consultó (sic) con las comunidades indígenas a quienes afecta dicho acto y en particular a la comunidad indígena de la Gaitana y ordenó la realización de la consulta, me permito transcribir algunos apartes de lo analizado en dicha sentencia:

(...)

Por los argumentos expuestos en la demanda, en este recurso y lo expuesto por el Magistrado CARLOS H. JARAMILLO DELGADO, en su salvamento de voto, solicito al Consejo de Estado, acceder a las suplicas y declarar la nulidad del decreto 0102 — 04 — 2010 expedido por la Gobernación del Departamento del Cauca.

Por su parte, el Tribunal Administrativo del Cauca, en una acción de tutela similar, interpuesta por el Cabildo Indígena de Cerro Tijeras contra la Gobernación del Cauca y la Alcaldía de Suarez, por la vulneración del derecho a la consulta previa igualmente confirmó la sentencia del Juzgado sexto Administrativo que declaró la inaplicabilidad del decreto 0102 de 2010 en el territorio de dicho Resguardo, por lo que esa honorable corporación ya había encontrado falencias en la expedición del decreto acusado por violación al bloque de constitucionalidad. Ver sentencia de tutela en proceso con radicación 19001333100620110006800 del Tribunal Administrativo del Cauca.

2- SEGUNDA CAUSAL , FALSA MOTIVACION, declara el fallador de primera que no procede esta causal debido a que la parte actora no presentó las pruebas que sustentaran las afirmaciones, lo que tampoco es cierto, como se fundamenta en la demanda las pruebas de la falsa motivación están en las actas 10 (sic) y 02 del 10 y 23 de marzo de 2010 y en las certificaciones expedidas por los alcaldes, pues el decreto 0591 de 2009, categoriza los establecimientos educativos ubicados en territorios indígenas y los que atienden población indígena, en las mencionadas actas 01 y 02 del 10 y 23 de marzo de 2010, lo que queda claro es que se dio una discusión y que en la mayoría de los establecimientos educativos que se excluyeron efectivamente la mayor parte de la población estudiantil es indígena, por ello son prueba de la falsa motivación el contenido de dichas actas. Ahora en la demanda inicial se demandó (sic) la nulidad de las certificaciones de los alcaldes porque según el decreto 0102 de 2010, fueron fundamentales para su expedición por lo que son en realidad actos administrativos que definieron una situación administrativa, se contradice la sentencia de primera instancia en este proceso cuando por un lado afirma que no hay

falsa motivación del acto acusado porque fue expedido con fundamento en las certificaciones de los alcaldes para luego terminar diciendo que estas certificaciones no son actos administrativos de trámite.

Ahora, como se explica en la demanda, las certificaciones de los alcaldes fueron expedidas con extralimitación de sus funciones por lo que se demandó (sic) su nulidad, mal puede en el auto admisorio el Honorable Tribunal negar el análisis jurídico de dicho (sic) actos para luego fundamentar el fallo con su contenido, si consideró en su momento que no son actos administrativos porque les da indirectamente ese valor en la sentencia.

3- TERCER CARGO. DEBIDO PROCESO: sin lugar a dudas que la consulta previa como está concebida en la ley y desarrollada en la Jurisprudencia, hace parte del procedimiento obligatorio para la expedición de normas que sean susceptibles de afectar a los pueblos indígenas, en ese caso por supuesto que se afectó (sic) de manera directa a las poblaciones indígenas del Cauca organizadas en el CRIC, porque los establecimientos educativos son eje fundamental donde se desarrolla el derecho a la educación que tienen los pueblos indígenas como sujetos colectivos, al respecto la Corte Constitucional ha manifestado que este derecho tiene unos alcances diferentes al de la población mayoritaria y en sentencia T 907 de 2011 define el núcleo esencial de dicho derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural, lo que implica indiscutiblemente la participación de las autoridades en todas las etapas del proceso educativo y la consolidación de un Sistema Educativo Indígena Propio, que según la corte debe abarcar toda la vida del indígena, por lo que la expedición del decreto 0102 de 2010 que excluye 32 sedes educativa del decreto 0591 deja lejos la posibilidad de que las autoridades influyan en dichos establecimientos y afecta directamente a los estudiantes indígenas que allí estudien y a sus familias. Por estos motivos el decreto tenía un procedimiento previo para su expedición que no fue surtido por la entidad territorial.

*Respecto al derecho a una educación especial que tiene los pueblos indígenas entre otras cosas la corte constitucional manifestó:
(...)*

Por los argumentos expuestos en la demanda, en este recurso y lo expuesto por el Magistrado CARLOS H. JARAMILLO DELGADO, en su salvamento de voto, solicito al Consejo de Estado, acceder a las súplicas y declarar la nulidad del decreto 0102 - 04 - 2010 expedido por la Gobernación del Departamento del Cauca [...]»

5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 21 de marzo de 2013, se admite, por el Despacho sustanciador, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

Con auto de 21 de octubre de 2013, se corre traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador Delegado ante el Consejo de Estado para que, si así lo considera, formule su concepto. Ejecutoriado el auto anterior, el expediente pasa al Despacho sin manifestación alguna.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 237 de la Constitución Política, 11, 34 y 36 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia- Ley 270 del 7 de marzo de 1996, 129 del Código Contencioso Administrativo- Decreto 01 de 1984 y 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto.

7. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CONSULTA PREVIA Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

«[...] El artículo 7º de la Constitución indica que “[e]l Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana” y el parágrafo del artículo 330 señala que “[l]a explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Como corolario de estas disposiciones y en desarrollo del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT⁵, las comunidades étnicas en Colombia tienen derecho a que se les consulte las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de establecer los medios para que la realización de dichas consultas sea garantizada.

⁵ Aprobado por la Ley 21 del 4 de marzo 1991, por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989. **“ARTICULO 6º... 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; (...) b). Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (...) c). Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. (...) 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

*Esta Sala de Sección, en sintonía con los planteamientos de Sen, ha señalado que el objeto de este derecho fundamental es **impedir** “[...] que la sociedad mayoritaria adopte decisiones que tienen incidencia en la existencia y desarrollo de las comunidades étnicas, sin contar con su participación, y [que] **con ello se garantiza** que estos grupos **definan**, en forma libre y autónoma, las medidas más convenientes para su supervivencia y para su desarrollo económico, social y cultural. [Con éste t]ambién se logra que **participen** en la formulación, aplicación y valuación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional que puedan afectarlos directamente [6]6[...]. (Negrillas en la cita) [...]»⁸*

8. HECHOS

La Sala, previo recuento de los elementos probatorios allegados al proceso, deberá establecer si es cierto que: (i) Las actas 01 y 02 de 2010 indicaron que debían excluirse los 32 establecimientos educativos; (ii) algunos de los establecimientos educativos excluidos mediante el acto acusado se encuentran ubicados, según los planes y esquemas de ordenamiento territorial, en zonas catalogadas por estos instrumentos como territorios indígenas; (iii) los establecimientos educativos excluidos hacen parte de los territorios indígenas del Cauca, y, (iv) si se encuentra probado que la exclusión de los 32 establecimientos educativos, mediante el acto acusado, generó una afectación directa a las comunidades indígenas del Cauca.

8.1. Obran en el proceso los siguientes elementos de prueba:

⁶ Nota original de la Jurisprudencia en cita: ^[6]Convenio 169 de la OIT, **ARTÍCULO 7:** (...) “1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. (...) 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. (...) 3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. (...) 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, sentencia del 9 de diciembre de 2016. Radicado: 2016-00058, actor: Roberto Ramírez Díaz.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Sentencia de doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2017-00221-01(AC). Actor: Felix Jaime Guerrero. Demandado: Ministerio del Interior y otros.

8.1.1. Documento titulado “*Estudio establecimientos educativos integrados a territorios indígenas en el Departamento del Cauca, trabajo realizado entre CRIC – MEN – SED 27-28 Octubre de 2009*”, contenido del listado por municipio, de instituciones educativas y centros educativos, detallando entre otros campos el nombre de la sede, total de indígenas, total, tipo y territorio indígena.

Del anterior listado se destacan los siguientes registros, que corresponden a los establecimientos educativos excluidos del Decreto 591 de 2009, mediante el acto acusado:

NOMBRE MUNICIPIO	CODIGO_DANE	INSTITUCION	DANE_SEDE	NOMBRE SEDE	total indige	Total	TIPO	TERRITORIO INDIGENA
CALDONO	219137000077	CENT EDUC CAMPO ALEGRE	219137000077	CENT DOC RUR MIX CAMPO ALEGRE	45	73	INDIGENA	RESGUARDO DE CALDONO
CALDONO	219137000352	CENT EDUC LA LAGUNA	219137000352	CENT EDUC LA LAGUNA	46	84	INDIGENA	RESGUARDO LA LAGUNA
CALDONO	219137001162	INST EDUC EMPREAL CERRO ALTO (ANTES T E CIAL CERRO ALTO)	219137001162	INST CIAL CERRO ALTO	94	183	INDIGENA	RESGUARDO LAS MERCEDES
CALDONO	519137000003	CENT EDUC SEMIPRESENCIAL SIBERIA	519137000003	CENT EDUC SEMIPRESENCIAL SIBERIA	20	32	INDIGENA	RESGUARDO LA LAGUNA
INZA	219355000429	INST EDUC PROM SOCIAL GUANACAS	219355000178	ESC RUL MIX RIO SUCIO	7	8	INDIGENA	LA GAITANA
INZA	219355000429	INST EDUC PROM SOCIAL GUANACAS	219355000232	ESC RUL MIX BELENCITO	15	17	INDIGENA	LA GAITANA
INZA	219355000429	INST EDUC PROM SOCIAL GUANACAS	219355000291	ESC RUR MIX EL ESCOBAL	20	23	INDIGENA	LA GAITANA
INZA	219355000429	INST EDUC PROM SOCIAL GUANACAS	219355000429	INST NAL DE PROM SOCIAL	323	439	INDIGENA	LA GAITANA
INZA	219355000429	INST EDUC PROM SOCIAL GUANACAS	219355000453	ESC RUL MIX TIERRAS BLANCAS	25	32	INDIGENA	LA GAITANA
INZA	219355000429	INST EDUC PROM SOCIAL GUANACAS	219355001131	ESC EL LAGO	13	19	INDIGENA	LA GAITANA
INZA	219355001191	INST EDUC MICROEMPREAL AGROP SAN ANDRES	219355000348	ESC RUR MIX SEGOVIA	26	34	INDIGENA	SAN ANDRÉS
INZA	219355001191	INST EDUC MICROEMPREAL AGROP SAN ANDRES	219355000593	ESC RUR MIX EL HATO	48	58	INDIGENA	SAN ANDRÉS
INZA	219355001191	INST EDUC MICROEMPREAL AGROP SAN ANDRES	219355000631	ESC RURAL MIX EL ESCANO PARQUE	42	52	INDIGENA	SAN ANDRÉS
INZA	219355001191	INST EDUC MICROEMPREAL AGROP SAN ANDRES	219355000909	ESC RURAL MIX SAN ANDRES	127	189	INDIGENA	SAN ANDRÉS
INZA	219355001191	INST EDUC MICROEMPREALAGROP SAN ANDRES	219355001191	INST MICROEMPRESARIAL AGROP SAN ANDRES	228	330	INDIGENA	SAN ANDRÉS
LA VEGA	119397000475	INST NORMAL SUPERIOR LOS ANDES	119397000475	ESC NORMAL SUPERIOR LOS ANDES	406	780	INDIGENA	RESGUARDO SANTA BÁRBARA
MORALES	219473000271	CENT EDUC SAN ANTONIO	219473000271	ESC RUR MIX SAN ANTONIO	67	118	INDIGENA	T. IND. GUAMBIANO SAN ANTONIO
PIENDAMO	219548000205	INST EDUC EL CARMEN	219548000205	COL INTEGDO EL CARMEN (E I EL CARMEN)	19	405	Mestiza	T. IND. RAICES DE ORIENTE
PIENDAMO	219548000205	INST EDUC EL CARMEN	219548000566	CENT DOC ONCE DE NOVIEMBRE	8	39	Mestiza	T. IND. RAICES DE ORIENTE
PIENDAMO	219548000574	INST EDUC AGRO-INDT LA MARIA	219548000485	ESC RUR MIX LOS ARADOS	214	324	INDIGENA	LA MARÍA
SAN SEBASTIAN	219693000582	INST EDUC AGROP VALENCIA	219693000159	ESC RUR MIX EL PORVENIR	4	24	Mestiza	CABILDO PAPALLAQTA
SAN SEBASTIAN	219693000582	INST EDUC AGROP VALENCIA	219693000426	ESC RUR MIX LAS DELICIAS	5	10	Mestiza	CABILDO PAPALLAQTA
SAN SEBASTIAN	319693000510	INST EDUC AGROPECUARIA SAN SEBASTIAN	119693000260	ESC URB INTEGDO SAN SEBASTIAN	96	127	INDIGENA	RESGUARDO SAN SEBASTIÁN
SAN SEBASTIAN	319693000510	INST EDUC AGROPECUARIA SAN SEBASTIAN	319693000510	COL AGROP SAN SEBASTIAN	115	164	INDIGENA	RESGUARDO SAN SEBASTIÁN
SANTANDER DE QUIJUCHAO	219698000483	INST EDUC LA ESPERANZA ANTES (CENT EDUC LA ESPERANZA)	219698000483	ESC RUR MIX LA PALOMERA	108	224	Mestiza	MUNCHIQUE LOS TIGRES
SANTANDER DE QUIJUCHAO	219698000483	INST EDUC LA ESPERANZA ANTES (CENT EDUC LA ESPERANZA)	219698001145	ESC EL PALMICHAL	17	29	INDIGENA	CANOAS
SANTANDER DE QUIJUCHAO	219698000483	INST EDUC LA ESPERANZA ANTES (CENT EDUC LA ESPERANZA)	219698001153	ESC RUR MIX GUAYABAL				
SUAREZ	219780000173	INST EDUC MARILOPEZ BELLAVISTA (ANTES CENT EDUC MARILOPEZ BELLAVISTA)	219780000173	CENT DOC RUR MIXMARILOPEZ BELLAVISTA	4	131	Mestiza	CERRO TIJERAS
SUAREZ	219780000343	CENT EDUC AGUA CLARA	219780000432	CENT RUR MIX MATECANA	0	87	Mestiza	CERRO TIJERAS
SUAREZ	219780000769	CENT EDUC GUADUALITO	219780000769	ESC RUR MIX DE DE GUADUALITO	0	29	Mestiza	CERRO TIJERAS
TOTORO	119824000368	INST EDUC FRANCISCO JOSE DE CALDAS	119824000236	CENT DOC URB MIX LA INMACULADA	293	338	INDIGENA	TOTORO
TOTORO	119824000368	INST EDUC FRANCISCO JOSE DE CALDAS	119824000368	COL FRANCISCO JOSE DE CALDAS	321	463	INDIGENA	TOTORO

8.1.2. Acta de compromiso entre las autoridades indígenas del Cauca representadas en el CRIC, el cabildo Guambia, el departamento del Cauca y el Ministerio de Educación Nacional, suscrita a los 28 días del mes de octubre de 2009, en la que se consignó:

«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 indígenas que atienden población indígena.*
- d) *48 establecimientos educativos que se encuentran en territorio indígena pero a los cuales debe verificarse y corregirse (sic) su situación de identificación étnica poblacional en el SIMAT.*
- e) *El cuadro queda con varias observaciones para oficializar establecimientos educativos.*
- f) *Los establecimientos para verificar se hará esta labor por medio de una comisión de la SED, el CRIC y CABILDO DE GUAMBIA»*

8.1.3. Acta de reunión de fecha 27 y 28 de octubre de 2009, suscrita por la delegada del Ministerio de Educación, un representante de la Secretaría de Educación, dos Consejeros mayor del CRIC y un representante del cabildo Guambia, en la que se informa del proceso de depuración de los listados de instituciones educativas indígenas.

8.1.4. Acta de reunión de 23 de junio de 2009, entre representantes de la Secretaría de Educación y Cultura del Cauca y representantes del CRIC, en la que se debatió sobre los compromisos a partir de la lectura del acta/memoria de abril 24 de 2009.

8.1.5. Acta de compromiso de 3 de febrero de 2010, entre el Ministerio de Educación, Secretaría de Educación Departamental, Secretaría Municipal de Popayán y las autoridades indígenas en el marco de la Minga de Resistencia Social y Comunitaria de los Pueblos Indígenas, cuyo objeto era definir el proceso a seguir para la implementación del *sistema educativo indígena propio*, entre cuyos compromisos se consignó: construcción del contenido de la NORMA Autónoma que permita la entrega de la administración de la educación para los pueblos indígenas en un término de dos meses, a cargo del Ministerio del Interior y Justicia; liderar una agenda de concertación con la CONTCEPI para acordar el texto final del Decreto transitorio, a cargo del Ministerio de Educación; concertar con el CRIC el convenio interadministrativo respectivo para la prestación del servicio educativo, mientras se expide el decreto transitorio por el Ministerio, a cargo de la Secretaría de Educación departamental; así mismo, se realizará la actualización del estudio para la identificación de las necesidades educativas de los territorios indígenas.

8.1.6. El Decreto núm. 0591-12-2009, *por el cual se determinan los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena, realizada mediante mesa de trabajo con las autoridades Indígenas tradicionales del Departamento del Cauca y el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional*, el cual en su parte resolutive dispuso: «*Artículo 1º. De conformidad con el Estudio Técnico elaborado con la Coordinación de la División de Cobertura de la Secretaría de Educación Departamental bajo la dirección y responsabilidad del especialista Fabio Hugo Velasco Ruiz y a la mesa de trabajo llevada a cabo con las autoridades indígenas tradicionales y con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, determinar los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en donde se atiende población indígena, de la siguiente manera: ... [sigue listado de 666 establecimientos educativos, organizados por municipio, nombre de la sede y territorio indígena]*».

8.1.7. Acta nro. 01 de 10 de marzo de 2010, documento soporte del Decreto 0102-04-2010 (acto acusado), en la que se analizaron 27 reclamaciones de algunas comunidades de los municipios Inzá, Suárez, Paez-Belalcazar y San Sebastián, en la cual se indicó el nombre de algunos establecimientos educativos, el porcentaje según etnia indígena, negritudes o mestizo, y en la que se acordó solicitar a los alcaldes de los municipios donde hay reclamaciones, certificaciones de ubicación de los establecimientos educativos según los POT, así como análisis técnico de registro de matrícula, reportado por el SIMAT; allí se concluyó:

«Dependiendo de la certificación por parte del Alcalde, según el Plan de Ordenamiento Territorial POT indicando la ubicación Territorial de los Establecimientos Educativos y la población estudiantil que mayoritariamente atiendan, se procederá a excluir del precitado Decreto a las Instituciones y Centros Educativos que lo ameriten de conformidad con los criterios establecidos a Nivel Territorial»

8.1.8. Acta nro. 02 de 23 de marzo de 2010, documento soporte del Decreto 0102-04-2010 (acto acusado), en la que se consolidaron los establecimientos educativos del departamento del Cauca, que van a ser excluidos del Decreto 0591 de 2009, en la que se debatió respecto a las certificaciones enviadas por los alcaldes municipales y se dispuso que el decreto de exclusión de establecimientos sería proyectado con base en los insumos que proporcione el licenciado Fabio Hugo Velasco.

8.1.8. Certificaciones de los alcaldes municipales de nueve municipios en los que se relacionan las 32 instituciones, centros y sedes educativas a ser excluidas del Decreto 591 de 2009; las certificaciones indican:

Municipio de Caldono – «... la Institución Educativa y Empresarial Cerro Alto (código Dane No. 219137000077) y los centros educativos Campo Alegre (código Dane No. 219137000077) y la Laguna (código Dane No. 219137000352), se encuentran ubicados en zona campesina siendo este sector quien se beneficia dentro sistema educativo de dichos centros e institución».

Municipio de Inzá - «Que de acuerdo al Esquema de Ordenamiento Territorial del Municipio de Inzá, se constató que las Instituciones Educativas y sus sedes que se relacionan a continuación NO SE ENCUENTRAN dentro de Territorios indígenas, Ni cabildo alguno; sino que se encuentran ubicadas dentro de las áreas de población respectivas. Por consiguiente se solicita su exclusión del decreto Departamental 0591 de Diciembre de 2009. (...) INSTITUCION EDUCATIVA MICROEMPRESARIA AGROPECUERIA DE SAN ANDRES: • Instituto Microempresarial Agropecuario de San Andrés... • Escuela Rural Mixta de Segovia... • Escuela Rural Mixta El Escaño Parque... • Escuela Rural Mixta El Hato... • Escuela Rural Mixta San Andrés (...) INSTITUCION EDUCATIVA PROMOCION SOCIAL DE GUANACAS: • Instituto Nacional de Promoción Social. De Guanacas... • Escuela Rural Mixta El Escobal... • Escuela Rural Mixta Tierras Blancas... • Escuela Rural Mixta Córdoba... • Escuela Rural Mixta Rio Sucio... • Escuela Rural Mixta de Belencito... • Escuela Rural Mixta El Lago»

Municipio de La Vega - «De la manera más respetuosa me permito manifestarle que la Institución Educativa Normal Superior "Los Andes" de La Vega - Cauca, no se encuentra ubicada en territorio Indígena, según consta en la escritura pública No. 4095 de 1999 y escritura 045 del 19 de noviembre de 1968 a nombre de la institución Educativa antes mencionada».

Municipio de Morales - «De acuerdo al ESQUEMA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL del municipio Morales Cauca, en el numeral 7.5 ORGANIZACION TERRITORIAL, distrito 3, cual está conformado por las veredas de la Cuchilla, San Martín, El Arenal, Los Cafés, El porvenir, Santa Rosa, Danubio, Carpintero Cañaverál, El Maco, La Estación, Matarredonda, El Placer y San Antonio. Existe un territorio de una comunidad Guambiana con un extensión de 73 hectáreas conocida con el nombre de La Bonanza, tenidas como propiedad común: el cual fue creado como resguardo en el año 2007 según archivos de hacienda municipal por recursos de transferencias, este sector se encuentra ubicado entre las veredas de La Estación y El Placer del municipio de Morales (...) Por lo anterior la escuela ubicada en la vereda de San Antonio no pertenece al resguardo conocido como la Bonanza, y aparece como zona campesina en la caracterización del municipio de acuerdo al esquema de ordenamiento territorial».

Municipio de Piendamó - «Que según El Plan Básico de Ordenamiento Territorial Las Veredas El Carmen, Once de Noviembre y Los Arados no se encuentran en territorios indígenas. La presente certificación se expide como anexo a la solicitud de modificación del decreto 0591 de Diciembre de 2.009 expedido por El Gobernador y La Secretaría de Educación».

Municipio de San Sebastián - «De acuerdo con el Esquema del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de} Municipio de San Sebastián Cauca, los establecimientos Educativos, Escuela Urbana Integrada San Sebastián y el Colegio Agropecuario San Sebastián, Sedes de la Institución Educativa Agropecuaria San Sebastián y la Escuela Rural Mixta Las Delicias y La Escuela Rural mixta el Porvenir Sedes de la Institución Educativa Agropecuario Valencia del municipio de San Sebastián Cauca, no se encuentran ubicadas en Territorio Indígena».

Municipio de Santander de Quilichao - «Que en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial (PBOT) del Municipio de Santander de Quilichao, Cauca, aprobado por el Concejo Municipal mediante el Acuerdo N° 022 de diciembre de 2002, en el Sistema Político administrativo, en el suelo Rural existen las Veredas La Palomera Palmichal, Guayabal y Santa Rosa (...) Conforme lo establecido en el PBOT, las Veredas: La Palomera Palmichal, Guayabal y Santa Rosa, no hacen parte del territorio de alguno de los Resguardos de este Municipio (...) Lo anterior se expide para dar claridad que la Institución Educativa La Esperanza con sede en la Vereda La Palomera, atiende la población estudiantil de las sedes localizadas en las veredas antes mencionadas».

Municipio de Suárez - De acuerdo con el Documento del Esquema de Ordenamiento Territorial (E.O.T) del Municipio de Suarez Cauca, La Institución Educativa de Mary López Bella Vista, no se encuentra ubicada en territorio indígena [...] El Centro Educativo Guadualito de La Vereda Guadualito, no se encuentra ubicada en territorio indígena [...] La Escuela Rural Mixta del Matecaña de la Vereda de Matecaña, perteneciente a la Sede del Centro Educativo de Agua Clara, no se encuentra ubicada en territorio indígena.

Municipio de Totoró - «El predio y la planta física de la Institución Educativa Francisco José de Caldas, sede 1 colegio Francisco José de Caldas y sede 2 escuela Urbana Mixta La Inmaculada, se encuentra ubicados en la cabecera municipal de Totoró, según el E.O.T. del municipio de Totoró, aprobado mediante acuerdo No 012 del 13 de junio de 2003, por lo tanto no se encuentra en el territorio indígena».

8.2. Contenido de las actas 01 y 02 del 10 y 23 de marzo de 2010.

En relación con los hechos en que se funda el cargo de falsa motivación, en su primer argumento, se destaca que la parte actora adujo que, revisado el contenido de las actas 01 y 02 del 10 y 23 de marzo de 2010, respectivamente, en ninguna de sus partes se dispuso excluir las instituciones y centros educativos señaladas

en el acto acusado, por lo que corresponde a la Sala establecer si ello es cierto o no; la consideración hecha en el acto acusado, esta es:

«[...] 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, conforme al Plan de Ordenamiento Territorial de los municipios de aquellas comunidades educativas que presentaron su inconformismo [...].»

Revisado el contenido de las actas nro. 01 y 02, allí se consignaron las deliberaciones relacionadas con la consolidación de los establecimientos educativos del departamento del Cauca que van a ser excluidos del Decreto 591 de 2009. En el acta nro. 01 de 10 de marzo de 2010, se consignó como conclusión:

«Dependiendo de la certificación por parte del Alcalde, según el Plan de Ordenamiento Territorial de los Establecimientos Educativos y la población estudiantil que mayoritariamente atiendan, se procederá a excluir del precitado Decreto a las Instituciones y Centros Educativos que lo ameriten de conformidad con los criterios establecidos a Nivel Territorial».

A su turno, en el acto nro. 02 de 23 de marzo de 2010, se consignó al finalizar la reunión

«...Para concluir el debate el Doctor CARLOS ANDRÉS BOLAÑOS, Profesional Especializado de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación, manifiesta que el Decreto modificadorio debe proyectarse con base en los insumos que proporcione el licenciado FABIO HUGO VELASCO, con el fin de que el Doctor SILVIO SACANAMBOY, de la Oficina de Talento Humano, elabore el borrador o proyecto de decreto y lo remita a la Oficina de Asistencia Jurídica para su revisión».

De lo anterior, se puede concluir que, contrario a lo sostenido por la parte actora, es cierto que en las actas nro. 01 y 02 se discutió sobre los establecimientos educativos del departamento del Cauca que van a ser excluidos del Decreto 591 de 2009, lo cual se condicionó a la certificación que hicieran los alcaldes municipales de la ubicación de los establecimientos educativos en territorios indígenas según los planes de ordenamiento territorial, y según la población estudiantil que mayoritariamente atiendan; así, como indicar quiénes realizarían el proyecto de acto administrativo.

8.3. Territorios indígenas según los esquemas de ordenamiento territorial (EOT)

Respecto al mismo cargo de falsa motivación, en su segunda parte, según el cual se señaló que los municipios de Inzá, Suárez, La Vega, Piendamó y Santander de Quilichao faltan a la verdad en relación con la ubicación de los establecimientos educativos en territorios indígenas, según sus propios esquemas de ordenamiento territorial (EOT), y que no se consideró la rectificación que hiciera el municipio de Caldono en relación con el establecimiento La Laguna, la Sala señala que no existe en el expediente una prueba clara respecto de la ubicación geográfica de los 32 establecimientos y sedes educativas excluidas; por otra parte, no obra prueba alguna en el expediente ni argumentos en el recurso que permitan desvirtuar el contenido de las certificaciones aportadas por los referidos municipios; así, se tendrá por no probado que los establecimientos educativos excluidos y referidos por la parte actora, acorde con los esquemas de ordenamiento territorial (EOT) de los municipios mencionados, se localicen en territorios indígenas.

8.4. Territorios indígenas y los establecimientos educativos excluidos

No obstante lo anterior, el principal debate entre las partes se circunscribe a establecer la connotación que debe dársele a los territorios indígenas, pues mientras para la parte actora éstos tienen relación con la posesión de áreas y con el ejercicio de actividades sociales, culturales y económicas de los pueblos indígenas y no a la propiedad que sobre la tierra se reclame, para la entidad demandada, en concordancia con el acto acusado, serán territorios indígenas los que determinen los municipios en los planes o esquemas de ordenamiento territorial.

Recogiendo los criterios de la jurisprudencia constitucional y a partir del análisis del Convenio 169 de 1989 de la OIT (en la parte II, haciendo referencia a "Tierras"), esta Corporación ha reseñado *la estrecha relación que existe entre los indígenas y el territorio por ser el espacio donde desarrollan su identidad cultural y social*, así:

«[...] De acuerdo con la sentencia T-849 de 2014, la protección a la propiedad colectiva y al territorio ancestral se deriva de la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, de modo que el concepto va más allá del título de propiedad, y en ese orden de ideas, es deber del Estado proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y adoptar todas las

medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos.

Ahora bien, en relación con lo que debe entenderse como territorio indígena, se tiene que “[d]ebido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. El Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos”. (T-849 de 2014).

(...)

En la sentencia T-693 de 2011 se indicó además que para los pueblos indígenas, la tierra, al vincularla con los seres humanos, es vista como un lugar espiritual que cuenta con sitios sagrados, con bosques, lagos, montañas, ríos, etc. Vale aclarar que esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en el día a día, razón por la que uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad.

Asimismo, en la sentencia T-693 de 2011 el Máximo Tribunal Constitucional sostuvo que la noción de territorio que tienen los pueblos indígenas es diferente a la visión de la cultura occidental, porque “Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por ello, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo (...). Esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio. Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad”.

En el mismo sentido, se ha expresado que el “territorio indígena está asociado a una noción de ancestralidad y no al reconocimiento estatal a través de los títulos de dominio”, ya que para los pueblos

étnicos la tierra significa el espacio donde desarrollan su identidad cultural [...]»⁹.

Como lo ha señalado la jurisprudencia, uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad; en este caso, la determinación de establecimientos educativos se configura sin lugar a dudas como un sitio clave que permite la preservación, reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, en tanto, permite afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura.

En relación con los fines y principios de la educación de los grupos étnicos, o etnoeducación, esta Corporación ha sostenido:

«[...] El artículo 7 de la Constitución Política reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación y por tanto la de los pueblos indígenas.

En cuanto a los fines y principios de la educación de los grupos étnicos es menester remitirse al artículo 67 constitucional el cual contempla que “[l]a educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”.

De manera más específica 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 propias¹⁰.

Para interpretar el sentido y alcance del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas la jurisprudencia constitucional señala que el Convenio 169 de la O.I.T. hace parte del bloque de constitucionalidad¹¹ y en tal virtud es de aplicación obligatoria.¹²

De la normativa transcrita [Artículos 26 a 31 de la Ley 21 de 1991] se desprende entonces que a los miembros de los pueblos indígenas

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Sentencia de quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00507-01(AC). Actor: Resguardo Indígena Alto Unuma – Meta. Demandado: Ministerio del Interior y otros

¹⁰ C.P. artículo 10. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

¹¹ Corte Constitucional. Sentencias C-169 de 2001 y C-401 de 2005. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

¹² Corte Constitucional. Sentencias C 921 de 2007 y T-704 de 2006. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

se les debe garantizar el acceso a todos los niveles educativos en pie de igualdad con el resto de la respectiva comunidad nacional.¹³

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 alto que la preservación de tal diversidad cuando pugna con otros intereses puede ser restringida válidamente para salvaguardar un interés de superior jerarquía, siempre que la medida sea lo menos gravosa posible.¹⁴

(...)

Estima la Sala que dentro de los intereses superiores se encuentra el que se imparta una educación de calidad que no solo no se oponga a la protección de la diversidad sino que la garantice, y para garantizarlo corresponde al Estado regular, inspeccionar y vigilar la prestación del servicio.¹⁵

El artículo 56 prevé que la educación de los grupos étnicos estará orientada por los principios y fines generales de la educación y se articula con la interculturalidad y diversidad lingüística, participación comunitaria, flexibilidad y progresividad. Asimismo tendrá como finalidad “afianzar los procesos de identidad, conocimiento, socialización, protección y uso adecuado de la naturaleza, sistemas y prácticas comunitarias de organización, uso de las lenguas vernáculas, formación docente e investigación en todos los ámbitos de la cultura”.

Por lo anterior, es necesario que el Estado exija a los etnoeducadores estándares mínimos de desempeño. Se trata de garantizar a los estudiantes la obtención de bases académicas que les permitan adquirir conocimientos dentro de su propio contexto cultural, así como lograr condiciones de igualdad de oportunidades respecto de los demás miembros de la comunidad.

Tal como lo ha dicho esta Sala¹⁶:

“El contexto legal así descrito permite a la Sala concluir en el tema de la educación formal, que tanto los niveles educativos previstos por la ley para todos los niños y jóvenes del país, como las áreas del conocimiento obligatorias, cobijan necesariamente a las poblaciones indígenas, no solo por derecho fundamental a la igualdad, sino como concreción de la especial protección constitucional que implica, para subsistir como etnia, la elevación de su nivel de competencia y de conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos dentro del respeto a su cultura, a sus costumbres y a su lengua.” [...]»¹⁷

¹³: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 3 de octubre de 2012. Radicado 2116. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 2012. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

¹⁵ Constitución Política. Artículo 67. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de octubre de 2005. Radicado 1690. (Nota original de la Jurisprudencia en cita)

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: GERMAN ALBERTO BULA ESCOBAR. Concepto de veintiuno (21) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00501-00 (2176). Actor: Ministerio de Educación Nacional.

En este sentido, no será la certificación que se haga por las autoridades competentes¹⁸ la que determine la existencia o delimitación de los territorios indígenas sino que éstos serán definidos como el espacio donde los pueblos indígenas desarrollan su identidad cultural¹⁹; así, la noción de territorio indígena se desplaza de una concepción espacial vinculada al reconocimiento estatal de la propiedad, a una relación con la tierra íntimamente ligada a la existencia y supervivencia de los pueblos indígenas desde el punto de vista social y cultural.

En el caso bajo exámen, advierte la Sala que, de conformidad con las pruebas aportadas al proceso (*ut supra* § 8.1.), y en particular del listado anexo al “*Estudio establecimientos educativos integrados a territorios indígenas en el Departamento del Cauca, trabajo realizado entre CRIC – MEN – SED 27-28 Octubre de 2009*” (*ut supra* § 8.1.1.), está acreditada la existencia de treinta (30) establecimientos educativos (instituciones, centros y sus respectivas sedes educativas) que fueron objeto de concertación entre las autoridades departamentales y las autoridades indígenas del Cauca, representadas en el Consejo Regional Indígena CRIC, y en la que estudia población estudiantil indígena, razón por la cual deben ser considerados como territorios indígenas.

En relación con los establecimientos educativos: CENT EDUC AGUA CLARA - Sede CENT RUR MIX MATECANA (código 219780000432) y del CENT EDUACTIVO GUADUALITO - Sede ESC RUR MIX DE DE GUADUALITO (código 219780000769), la Sala llama la atención que del referido listado anexo (*ut supra* § 8.1.1.) y las demás pruebas aportadas en el curso del proceso, no se puede establecer que se traten de territorios indígenas por vinculación de la población indígena a dichos establecimientos, como quiera que los registros consignados indican como población: cero (0) estudiantes indígenas, y si bien se hizo la observación de “*VERIFICAR. CORREGIR MATR...*”, no obra prueba alguna en el

¹⁸ Sin perjuicio de las facultades constitucionales y legales que corresponden a los concejos municipales en la reglamentación de los usos del suelo (artículo 313, numeral 7 de la Constitución Política) o al Ministerio del Interior (Conc. artículo 3 del Decreto 1320 de 1998 y Decreto núm. 0200 de 2003, modificado por los decretos 4331 de 2005, 1720 de 2008 y en la actualidad, por el Decreto Ley 2893 de 2011).

¹⁹ Complementario de lo anterior, frente al *reconocimiento de las comunidades étnicas*, la Corte Constitucional sostuvo, entre otras, en la sentencia T-485 de 2015, que “si bien la relación de la comunidad con el territorio es indicativa de su identidad étnica, no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de titular de derechos. De esta manera, aunque la relación ancestral con el territorio es un factor usual en la determinación de la naturaleza diferenciada de los pueblos étnicos, al punto que sea un aspecto clave para su supervivencia, tal vínculo no puede tornarse en un factor dirimente para el reconocimiento étnico”.

expediente que permita establecer que la población indígena del Cerro Tijeras ejerce actividades educativas en dichas sedes.

No obstante lo anterior, y como fuera puesto de presente en el recurso de apelación, la Sala deberá tener en consideración que mediante la acción de tutela nro. 2011-00068-01²⁰, el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán encontró acreditado, en dicha acción constitucional, que las instituciones educativas Centro Educativo Agua Clara, Centro Rural Mixto Matecaña, Centro Educativo Guadualito y otro²¹, se sitúan en el territorio indígena de Cerro Tijeras, razón por la cual, en aras de mantener la integridad y coherencia de las decisiones judiciales proferidas sobre dichos establecimientos educativos en concreto, se considerarán también como parte del territorio indígena de Cerro Tijeras.

8.5. La medida administrativa de exclusión de 32 establecimientos educativos y la afectación directa a las comunidades indígenas del Cauca.

Con el fin de resolver el cargo de infracción a la norma superior, como será analizado más adelante (*ut infra* §9.3.), a la Sala le corresponde, de manera previa, determinar si es un hecho acreditado que la medida administrativa adoptada con el acto acusado, este es, el Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, “*Por medio del cual se modifica y excluye parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 0591 de diciembre 30 de 2009*”, genera una afectación directa²² a las comunidades indígenas del Cauca.

Como se observa en las actas de 28 de octubre de 2009 (*ut supra* § 8.1.2.), 27 y 28 de octubre de 2009 (*ut supra* § 8.1.3.), 23 de junio de 2009 (*ut supra* § 8.1.4.), y 3 de febrero de 2010 (*ut supra* § 8.1.5.), se surtió un proceso de concertación entre las autoridades administrativas del departamento del Cauca, en particular la Secretaría de Educación Departamental, y las autoridades indígenas tradicionales

²⁰ Actor José Enrique Guetio Medina, en contra del departamento del Cauca. Allí, el Juzgado Sexto Administrativo de Popayán mediante sentencia de 11 de marzo de 2011, decidió tutelar el derecho fundamental a la consulta previa inaplicando el Decreto 102-04 de 2010, emanado de la Gobernación del Cauca, en tanto encontró satisfecho el requisito de afectación directa a los derechos e intereses particulares de la comunidad de la Parcialidad Indígena Cerro Tijeras del municipio de Suárez Cauca, en atención a que se trata de la exclusión y/o garantía de la prestación del servicio educativo étnico para los niños y jóvenes de dicha comunidad, por la exclusión de las instituciones educativas Centro Educativo Agua Clara, Centro Rural Mixto Matecaña, Centro Educativo Guadualito – Centro Educativo la Betulia – Centro Docente San Pablo, las cuáles fueron excluidas sin consulta previa del Decreto 591 de 2009. Decisión confirmada en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, mediante sentencia de 24 de mayo de 2011.

²¹ Centro Educativo La Betulia – Centro Docente San Pablo (No objeto del acto acusado).

²² Así, la obligatoriedad de adelantar el proceso de consulta previa no está restringido únicamente a la relación que tenga la comunidad indígena con el territorio, sino que, en los términos del artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, ocurre cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a los pueblos interesados.

del Cauca, representados en el Consejo Regional Indígena CRIC, con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional, cuyo objeto era definir el proceso a seguir para la implementación del *sistema educativo indígena propio* y durante el cual se realizó la depuración de los listados de instituciones educativas indígenas.

Dicho proceso concluyó con la expedición del Decreto núm. 0591-12-2009, “*por el cual se determinan los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena, realizada mediante mesa de trabajo con las autoridades Indígenas tradicionales del Departamento del Cauca y el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional*”, y se determinó la existencia de 666 instituciones educativas y centros educativos para tal propósito.

Por otra parte, del listado anexo de instituciones y centros educativos (*ut supra* § 8.1.1.), la Sala puede establecer que, en lo que corresponde con el acto acusado, se atiende principalmente población indígena de las comunidades de los resguardos de Caldon, La Laguna, Las Mercedes, Santa Bárbara, los territorios indígenas guambiano de San Antonio y Raíces de Oriente, San Sebastián, La Gaitana, San Andrés, La María, Cabildo Papallaqta, Munchique Los Tigres, Canoas, Cerro Tijeras y Totoro.

También se puede observar en el listado que, en veintitrés (23) de los establecimientos educativos, la población estudiantil indígena es mayoritaria en relación con la totalidad de los estudiantes allí indicados. Así, el porcentaje de estudiantes indígenas por sede educativa es: “CENT DOC RUR MIX CAMPO ALEGRE, 61,6%; CENT EDUC LA LAGUNA, 54,8%; INST CIAL CERRO ALTO, 51,4%; CENT EDUC SEMIPRESENCIAL SIBERIA, 62,5%; ESC RUL MIX RIO SUCIO, 87,5%; ESC RUL MIX BELENCITO, 88,2%; ESC RUR MIX EL ESCOBAL, 87%; INST NAL DE PROM SOCIAL, 73,6 %; ESC RUL MIX TIERRAS BLANCAS, 78,1%; ESC EL LAGO, 68,4%; ESC RUR MIX SEGOVIA, 76,5%; ESC RUR MIX EL HATO, 82,8%; ESC RURAL MIX EL ESCANO PARQUE, 80,8 %; ESC RURAL MIX SAN ANDRES, 67,1%; INST MICROEMPRESARIAL AGROP SAN ANDRES, 69%; ESC NORMAL SUPERIOR LOS ANDES, 52%; ESC RUR MIX SAN ANTONIO, 56,8%; ESC RUR MIX LOS ARADOS, 66%; ESC URB INTEG D SAN SEBASTIAN, 75,6%; COL AGROP SAN SEBASTIAN, 70,1%; ESC EL PALMICHAL, 58,6%; CENT DOC URB MIX LA INMACULADA, 86,7%, y COL FRANCISCO JOSE DE CALDAS, 69,3%”. En siete (7) establecimientos

educativos, si bien la población mayoritaria es mestiza, hay presencia de población indígena estudiantil, como es el caso de las instituciones educativas El Carmen, Agropecuaria Valencia, La Esperanza (antes Centro Educativo La Esperanza), Marilopez Bellavista (antes Centro Educativo Marilopez Bellavista) y los centros educativos Agua Clara y Guadualito. Y dos (2) de los establecimientos educativos del municipio de Suárez, atiende a niños y jóvenes de la comunidad de Cerro Tijeras.

En virtud de lo anterior, la Sala puede concluir que con la expedición del acto acusado se generó una afectación a las comunidades indígenas del Cauca, como quiera que con la exclusión de los treinta y dos (32) establecimientos educativos del Decreto núm. 591-12-2009, se impacta a la población indígena que en ellos se atiende, y se limitó en ellos la implementación de un sistema educativo indígena propio como se concertó en las reuniones previas realizadas entre las autoridades de las comunidades indígenas, los representantes del Departamento del Cauca y el Ministerio de Educación²³.

8.4. Hechos acreditados

8.4.1. El Gobernador del Departamento del Cauca (E) expidió el Decreto núm. 591-12-2009, por el cual se determinan los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena;

8.4.2. Previo a la expedición del Decreto 591-12-2009, se surtió un proceso de concertación con las autoridades indígenas tradicionales del Cauca, representados en el Consejo Regional Indígena CRIC, y con el acompañamiento del Ministerio de Educación Nacional.

²³ En este mismo sentido lo analizó la sentencia de tutela T-116 de 2011, mediante la cual la Corte Constitucional dispuso 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, para lo cual DEJÓ 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 se le ORDENÓ que, de forma inmediata iniciara 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 la sentencia, 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.

- 8.4.3.** Mediante el acto acusado, esto es, el Decreto núm. 0102-04-2010, se modificó y excluyó 32 Instituciones y Centros Educativos, de los 666 establecimientos determinados en el Decreto nro. 0591 de 2009.
- 8.4.4.** El acto acusado fue proferido por el Gobernador del Departamento del Cauca sin que se hubiera realizado consulta previa con las autoridades indígenas del Cauca para tal fin.
- 8.4.5.** Los establecimientos educativos excluidos mediante el Decreto núm. 0102-04-2010 atienden principalmente población indígena.
- 8.4.6.** Los establecimientos educativos excluidos mediante el Decreto núm. 0102-04-2010 se consideran territorios indígenas de las comunidades indígenas del Cauca.
- 8.4.7.** La exclusión del Decreto 591-12-2009 de algunos establecimientos educativos, mediante el acto acusado, generó una afectación a la población indígena de las comunidades del RESGUARDO DE CALDONO, RESGUARDO LA LAGUNA, RESGUARDO LAS MERCEDES, LA GAITANA, SAN ANDRÉS, RESGUARDO SANTA BÁRBARA, T. IND. GUAMBIANO SAN ANTONIO, T. IND. RAICES DE ORIENTE, LA MARÍA, CABILDO PAPALLAQTA, RESGUARDO SAN SEBASTIÁN, MUNCHIQUE LOS TIGRES, CANOAS, CERRO TIJERAS, TOTORO.

9. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Una vez determinados los hechos relevantes del caso, la Sala estudiará los argumentos del recurso de apelación, en relación con la decisión del *a quo*, para lo cual se deberá resolver si ¿es nulo el acto administrativo que excluyó 32 establecimientos educativos donde estudia población principalmente indígena, del Decreto núm. 591-12-2009, cuando no se agotó una nueva consulta previa a pesar de que para su determinación sí se había surtido la misma con las autoridades indígenas?

9.1. Del procedimiento adelantado para la expedición del acto acusado

Como se indicó en antecedentes, el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda tras considerar que no se desconocieron los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Constitución Política, ni los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991, mediante la cual se ratificó el Convenio nro. 169 de 1989 de la OIT, como quiera que el proceso de consulta previa se había surtido durante la expedición del Decreto núm. 591-12-2009 y el acto acusado se limitó a corregir los errores en que éste había incurrido, según fue advertido con las reclamaciones presentadas por las propias instituciones educativas.

9.1.1. Para llegar a la anterior conclusión adujo que, como la finalidad del acto demandado no era otra que la de corregir los referidos errores, este proceso constituye uno solo, y en virtud de ello, las comunidades indígenas se entienden consultadas en tanto que considerar lo contrario implicaría la petrificación y paralización de la actividad del aparato estatal contrariando normas constitucionales y las facultades que en materia de educación tienen los departamentos; frente a lo anterior, la parte recurrente argumentó que no es posible afirmar que los dos decretos son el mismo acto, toda vez que el primero identificaba los establecimientos educativos ubicados en territorios indígenas o que atendían población mayoritariamente indígena y el segundo excluye unos establecimientos del primero, por lo que tienen fines, numeración, fechas y motivaciones diferentes; así mismo, que es clara la normatividad al señalar que la consulta previa procede cada vez que se adopte una medida administrativa que sea susceptible de afectarles.

9.1.2. La Sala advierte que desacierta el *a quo* al señalar que mediante el acto acusado se produjo una mera corrección del Decreto núm. 591-12-2009, por lo cual no se requería adelantar la consulta previa. A estos efectos observa la Sala que el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo²⁴, vigente para la fecha de expedición del acto acusado, señalaba que la corrección de los actos administrativos de carácter particular y concreto se efectuaba a través de la figura de la revocatoria, y en su inciso tercero indicaba que “...*siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión*”. En este sentido, sea lo primero señalar que el acto acusado, este es, el Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, no puede considerarse como la

²⁴ Expedido por el Presidente de la República mediante el Decreto núm. 01 de 2 de enero de 1984, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 11 de la Ley 58 de 1982.

corrección de simples errores aritméticos o de hecho del Decreto núm. 591-12-2009, ya que la decisión allí contenida incide en la determinación de los establecimientos educativos oficiales y sus respectivas sedes ubicadas en territorios indígenas y en las cuales se atiende población indígena, al excluir parcialmente algunas de esas Instituciones y Centros Educativos.

El acto acusado tampoco se considera un acto de corrección del Decreto núm. 591-12-2009, como quiera que, por tratarse de un acto de carácter particular y concreto, la exclusión de establecimientos educativos determinados en el citado Decreto 591 constituiría una revocatoria parcial del mismo, por lo que debió haber agotado, en los términos de los artículos 74 y 73, inciso 1º del CCA, una nueva la actuación administrativa en la forma prevista en los artículos 28 y concordantes del referido código, previo consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, lo que no ocurrió en el presente caso. Este punto se hace relevante a considerar, pues es evidente que de tratarse de una revocatoria directa debió haber obtenido el consentimiento de los directamente interesados o justificar, en las causales específicas, la revocación del acto, lo que no ocurrió. No obstante, este asunto no fue objeto del recurso de apelación.

9.1.3. A partir de lo anterior, la Sala llega a la conclusión que el Decreto nro. 0102-04-2010 es un acto definitivo autónomo que, si bien produjo como efecto modificar y excluir parcialmente algunas Instituciones y Centros Educativos del Decreto 591 de 2009, se trata de una medida administrativa diferente a la primera decisión.

Una vez establecido lo anterior, corresponde a la Sala analizar el cargo de infracción a las normas en que deberían fundarse el acto y se resolverá el problema jurídico planteado.

9.2. Normas que se consideran infringidas

El recurrente fundó su inconformidad con la decisión de primera instancia en el desconocimiento de los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991, los cuales establecen lo siguiente:

«[...] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

(...)

ARTICULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

(...)

ARTICULO 7º. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

(...)

ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación [...]

«[...] **Ley 21 de 1991**

CONVENIO OIT Nro. 169
SOBRE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES EN PAISES
INDEPENDIENTES 1989

(...)

Artículo 6º

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;

b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7º

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan [...]»

9.3. Obligatoriedad de adelantar consulta previa

9.3.1. Adujo el a quo que la Constitución y la ley otorgaron a los departamentos la dirección, planeación y prestación del servicio público de educación, razón por la cual le era válido adoptar las decisiones que emanan de sus respectivas

competencias, sin que tuviera que consultar cada una de ellas, pues ello implicaría la petrificación y paralización de la actividad del aparato estatal, más, teniendo en cuenta que la consulta previa no comporta la búsqueda de un acuerdo o consentimiento absoluto por parte de las comunidades indígenas frente a las decisiones de las autoridades competentes.

9.3.2. Al revisar las normas que se consideran infringidas se puede establecer que, de conformidad con el literal a), numeral 1º del artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, ratificado por el Estado colombiano mediante la Ley 21 de 1991, se consagra la obligatoriedad de adelantar consulta previa a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

En relación con el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se destaca que lo relevante para determinar la obligatoriedad de adelantar el proceso de consulta previa no está restringido a la relación que tenga la comunidad indígena con el territorio, sino que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, depende de la existencia de *tres elementos básicos que rodean el proceso de identificación de los casos en que este derecho es exigible*; así, la Corte Constitucional, en sentencia T-011 de 2018, sostuvo lo siguiente:

«[...] 5.2. Con fundamento en las consideraciones expuestas sobre la obligatoriedad de adelantar el proceso de consulta previa, esta Corporación debe señalar que existen tres elementos básicos que rodean el proceso de identificación de los casos en que este derecho es exigible. El primero de ellos, que parte de un precepto general, consiste en requerir su exigibilidad siempre que se presente una afectación directa de una comunidad indígena, como lo exige el Convenio 169 de la OIT^[108]²⁵. Esto es, que la medida tenga una incidencia en el ethos de la etnia^[109]²⁶ o, en otras palabras, en una alteración de su estatus.

El segundo elemento tiene que ver con la identificación del impacto directo, en relación con el cual, en tratándose de medidas administrativas, la Corte ha reiterado que se puede presentar en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos

²⁵ Nota original de la providencia en cita: ^[108] Como ya se ha dicho, el literal a) del artículo 6, numeral 1, del citado instrumento internacional dispone que: “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**”. Énfasis por fuera del texto original.

²⁶ Nota original de la providencia en cita: ^[109] Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-063 de 2010, C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

naturales^{[110]27}; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de los grupos diferenciados; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, la misma regula sistemáticamente materias que hacen parte de la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa que las discrimine^{[111]28}.

Por último, el tercer elemento corresponde al compromiso que tiene el Estado de realizar la labor de identificación de los pueblos afectados, como parte de las obligaciones de garantía que se derivan del Convenio 169 de la OIT. Este proceso, tal como ha insistido la Corte, debe realizarse de buena fe y acorde con las circunstancias del caso. Para ello, como se ha mencionado en esta sentencia, se impone el deber de certificación previsto en el artículo 3 del Decreto 1320 de 1998, a cargo del Ministerio del Interior [...].»

9.3.2.1. En relación con el primer criterio de identificación de la obligatoriedad de la consulta previa en el caso concreto, se tiene que resulta exigible cuando se ha determinado la existencia de una afectación directa a las comunidades indígenas, tanto para el caso de medidas legislativas como para las medidas administrativas, como las que ahora se conocen; al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha conceptuado lo siguiente:

«[...] Dentro de este marco, en términos generales la afectación directa:

“[E]s un concepto amplio y complejo que involucra visiones metodológicas que varían dependiendo de cada caso, y que, no se reduce al derecho al territorio. Incluso, ni siquiera ha asimilado el territorio al espacio físico donde se desenvuelve la tensión. La afectación es directa respecto de cualquier tipo de medida y frente a cualquier derecho. Precisamente, esa es la razón por la que no existe un catálogo de hipótesis de afectación.

3.11. Acorde con lo anterior, por ejemplo, la Corte ha indicado que la afectación directa se debe entender como toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. En otros términos, la afectación directa se da sin importar que sea favorable o desfavorable, ya que es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados²⁹ [...]»³⁰ (Subraya la Sala)

²⁷ Nota original de la providencia en cita: ^[110] CP art. 330, parágrafo.

²⁸ Nota original de la providencia en cita: ^[111] Sentencia T-766 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16. En esa misma decisión la Corte reafirmó los criterios indicados al señalar: “3.12. Igualmente, en otra providencia, manifestó que: “(i) Se debe consultar cuando la materia del proyecto está relacionada con

9.3.2.2. En relación con el segundo criterio, que a su turno permite concretar el alcance de la afectación directa, la consulta previa resulta obligatoria cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas; así ha sostenido la jurisprudencia constitucional:

«[...] Ante el carácter amplio y complejo del término “afectación directa”, la jurisprudencia nacional ha identificado una serie de criterios, no taxativos³¹, que deben tomarse en cuenta (sic) para establecer la ocurrencia de esta. Así, en la sentencia C-1051 de 2012 se señalaron los siguientes³²:

aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. (ii) Para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (iii) Aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas.’” 3.13. Adicionalmente, cuando se trata de medidas legislativas, la Corte, en sentencia C-063 de 2010, explicó que la afectación directa se produce cuando “una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en la cual se concluye que “no queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”. 3.14. La sentencia T-576 de 2014, por otra parte, sostuvo que “el deber de celebrar consultas se activa siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos interesados en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad, lo cual puede ocurrir cuando la respectiva decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de estas comunidades diversas (...) reconociendo además que el impacto que se genera para los pueblos indígenas o tribales es distinto del que produce respecto del resto de la sociedad”. 3.15. Como se puede apreciar, lejos de ser una contradicción, lo que la Corte ha hecho es evitar enumerar las hipótesis de procedencia, privilegiando los análisis según la complejidad y características del proyecto, la medida, la norma, y, por supuesto, las comunidades en tensión”. Ibidem.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS. Concepto de veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00057-00 (2334). Actor: Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

³¹ “Ni el Convenio 169 de la OIT ni la jurisprudencia constitucional, han definido taxativamente las causales de procedencia de la consulta. Eso se explica en tanto la consulta previa no es un trámite rígido sino que depende y varía según las circunstancias de cada caso y las condiciones particulares de los pueblos. Entre más restricciones a la consulta, mayores serán las implicaciones negativas para los pueblos. No obstante, tanto el Convenio como esta Corporación, han señalado una serie de criterios tendientes a verificar la procedencia o ámbito de aplicación de la consulta. El concepto relevante en ese análisis es el de “afectación directa”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16 (*Nota original de la Jurisprudencia en cita*).

³² “5.4.2. La jurisprudencia aplicable a los elementos que coadyuvan a identificar los casos de afectación directa, se encuentra contenida principalmente en las Sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011, donde la Corte, en su orden, llevó a cabo el control de constitucionalidad de la llamada Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006), del Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007), de la ley modificatoria del Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 1122 de 2007), y de la ley reformativa del Código de Minas (Ley 1382 de 2010). A su vez, los precedentes fijados en los citados fallos, han sido aplicados por la Corte, tratándose de

i) La regulación de materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT³³ da lugar a una afectación directa. En este sentido, se ha indicado que sería necesario realizar la consulta previa cuando se trate de medidas relacionadas con: a) la prospección o explotación de los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas o tribales, b) el traslado o reubicación de estos de las tierras que ocupan, c) la capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas por fuera de la comunidad, d) la organización y funcionamiento de programas especiales de formación profesional, e) las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y f) la enseñanza y conservación de la lengua³⁴.

Sin embargo, la jurisprudencia también ha indicado que la sola mención de estas materias no es suficiente para dar lugar a la afectación directa:

“En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de cada medida como tal, para efectos de establecer su impacto y

leyes aprobatorias de tratados internacionales, en los siguientes pronunciamientos: en la Sentencia C-615 de 2009, C-608 de 2010, C-915 de 2010, C-941 de 2010, C-027 de 2011, C-187 de 2011, C-620 de 2011, C-196 de 2012, C-293 de 2012, C-767 de 2012 y C-822 de 2012, en los cuales la Corporación, dada la naturaleza y contenido del tratado, se ha visto en la necesidad de llevar a cabo la evaluación sobre la exigencia o no de la consulta previa. 5.4.3. En las Sentencias citadas, a título meramente enunciativo, la Corte ha venido construyendo la dogmática en torno a la delimitación de los criterios que ayudan a identificar los casos en que hay lugar a la consulta previa”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12. Véase igualmente Corte Constitucional. Sentencia del 14 de marzo de 2012, C-196/12(*Nota original de la Jurisprudencia en cita*).

³³ “Inicialmente, la Corte precisó que la especificidad que se requiere de una medida legislativa para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. Corte Constitucional. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, C-1051/12 (*Nota original de la Jurisprudencia en cita*).

³⁴ “El mismo Convenio puntualizó algunas hipótesis en las que ineludiblemente los Estados se comprometieron a realizar la consulta. Así, es obligación de realizarla sobre (i) aquellas medidas que involucren la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales; (ii) las medidas que impliquen trasladar o reubicar a esas colectividades de las tierras que ocupan; (iii) las decisiones relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir, de otra forma, sus derechos sobre estas fuera de su comunidad; (iv) las medidas relacionadas organización y al funcionamiento de programas especiales de formación profesional; (v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno y (vi) las medidas relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. En algunos casos se requerirá, además, el consentimiento previo, libre e informado. Sobre el punto se volverá más adelante”. Corte Constitucional. Sentencia del 13 de diciembre de 2016, T-704/16 (*Nota original de la Jurisprudencia en cita*).

su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso [...]» (Subraya la Sala)³⁵

Así las cosas, la creación de instituciones de educación, la enseñanza y la conservación de la lengua son tópicos regulados en el Convenio 169 de la OIT, lo que constituye de entrada un criterio para señalar la obligatoriedad de adelantar consulta previa respecto a la exclusión de establecimientos educativos en el departamento del Cauca.

9.4. Análisis del caso concreto

La medida administrativa adoptada mediante el acto acusado claramente se inserta en uno de los tópicos que conforme el Convenio 169 de la OIT, requieren que se adelante consulta previa, como lo son las condiciones para crear instituciones de educación y autogobierno, y la enseñanza y conservación de la lengua.

En segundo lugar, como se analizó en el acápite de hechos (*ut supra* § 8.5.), la medida administrativa adoptada mediante el acto acusado, esto es, el Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, mediante la exclusión de 32 establecimientos educativos, donde estudia población indígena, en la mayoría de los casos predominante, generó una afectación directa a las comunidades indígenas del RESGUARDO DE CALDONO, RESGUARDO LA LAGUNA, RESGUARDO LAS MERCEDES, LA GAITANA, SAN ANDRÉS, T. IND. RAICES DE ORIENTE, LA MARÍA, CABILDO PAPALLAQTA, RESGUARDO SAN SEBASTIÁN, MUNCHIQUE LOS TIGRES, CANOAS, CERRO TIJERAS y TOTORO.

En particular, de los hechos acreditados se pudo establecer que la exclusión de las 32 instituciones o centros educativos, contenida en el acto acusado, se afectó de manera directa a las comunidades indígenas que habían concertado su determinación en el Decreto 0591 de 2009, restringiendo que puedan lograr dentro del contexto de diversidad étnica y cultural de la Nación, contar con un sistema educativo que respete y desarrolle la identidad cultural de los pueblos indígenas,

³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS. Concepto de veinte (20) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00057-00 (2334). Actor: Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

y, por tanto, constituyó una medida administrativa susceptible de afectar directamente a las comunidades indígenas del Cauca, sujetos de la presente demanda, por lo que requería adelantar el trámite de consulta previa para su expedición; el no hacerlo, constituyó una infracción al Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991.

Así, no acierta el Tribunal del Cauca cuando indicó que el gobernador en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales no estaba obligado a adelantar nuevamente la consulta previa, como quiera que la decisión versó sobre una materia objeto de regulación del Convenio 169 de la OIT y sin perjuicio de las facultades de los departamentos en la dirección, planeación y prestación del servicio público de educación que les corresponde, requería adelantar consulta previa para su exclusión; no obstante, la decisión que se produzca con posterioridad a la consulta no sea de carácter vinculante, ello no desconoce que debe agotarse la garantía de consulta previa con las autoridades indígenas, con el fin de salvaguardar la especial protección constitucional que les implica, para subsistir como etnia, la elevación de su nivel de competencia y de conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos dentro del respeto a su cultura, a sus costumbres y a su lengua.

De lo anterior se puede concluir que la expedición del Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, expedido por el Gobernador del Cauca, al haberse dictado sin agotar la consulta previa con las autoridades indígenas del Cauca, representadas en el CRIC, desconoció los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Constitución Política, y el Convenio 169 de la OIT, en particular, los artículos 6 y 7 de la Ley 21 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 21 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del Decreto nro. 0102-04-2010 de 12 de abril de 2010, expedido por el Gobernador del Cauca, de conformidad con el dispuesto en la parte considerativa de ésta providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado
Presidente

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado