



Comunicado 28

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Julio 28 y 29 de 2021

La Constitución, el pacto fundamental de convivencia que nos une

SENTENCIA C-243/21

M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar

Expediente: D-14055

Norma acusada: Ley 906 de 2004 (arts. 241, 242, 242A, 243, 279)

LA CORTE CONSTITUCIONAL, POR UNANIMIDAD, SE DECLARÓ INHIBIDA PARA DECIDIR SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA FIGURA DEL AGENTE ENCUBIERTO, ASÍ COMO DE AQUELLA QUE OTORGA VALIDEZ A LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FÍSICA RECAUDADOS EN DESARROLLO DE UNA OPERACIÓN ENCUBIERTA

1. Norma objeto de control constitucional

LEY 906 DE 2004

(agosto 31)

Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal

ARTÍCULO 241. ANÁLISIS E INFILTRACIÓN DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL. Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado, en la indagación o investigación que se adelanta, pertenece o está relacionado con alguna organización criminal, ordenará a la policía judicial la realización del análisis de aquella con el fin de conocer su estructura organizativa, la agresividad de sus integrantes y los puntos débiles de la misma. Después, ordenará la planificación, preparación y manejo de una operación, para que agente o agentes encubiertos la infiltren con el fin de obtener información útil a la investigación que se adelanta, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

El ejercicio y desarrollo de las actuaciones previstas en el presente artículo se ajustará a

los presupuestos y limitaciones establecidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia.

ARTÍCULO 242. ACTUACIÓN DE AGENTES ENCUBIERTOS.

Cuando el fiscal tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas. En desarrollo de esta facultad especial podrá disponerse que uno o varios funcionarios de la policía judicial o, incluso particulares, puedan actuar en esta condición y realizar actos extrapenales con trascendencia jurídica. En consecuencia, dichos agentes estarán facultados para intervenir en el tráfico comercial, asumir obligaciones, ingresar y participar en reuniones en el lugar de trabajo o domicilio del indiciado o imputado y, si fuere necesario, adelantar transacciones con él. Igualmente, si el agente

encubierto encuentra que en los lugares donde ha actuado existe información útil para los fines de la investigación, lo hará saber al fiscal para que este disponga el desarrollo de una operación especial, por parte de la policía judicial, con miras a que se recoja la información y los elementos materiales probatorios y evidencia física hallados.

Así mismo, podrá disponerse que actúe como agente encubierto el particular que, sin modificar su identidad, sea de la confianza del indiciado o imputado o la adquiera para los efectos de la búsqueda y obtención de información relevante y de elementos materiales probatorios y evidencia física.

Durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda previstos en el artículo 239.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, se deberá adelantar la revisión de legalidad formal y material del procedimiento ante el juez de control de garantías dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la terminación de la operación encubierta, para lo cual se aplicarán, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para los registros y allanamientos.

En todo caso, el uso de agentes encubiertos no podrá extenderse por un período superior a un (1) año, prorrogable por un (1) año más mediante debida justificación. Si vencido el plazo señalado no se hubiere obtenido ningún resultado, esta se cancelará, sin perjuicio de la realización del control de legalidad correspondiente.

Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo también podrá disponerse que los miembros de Grupos Delictivos Organizados y Grupos Armados Organizados puedan actuar como agentes encubiertos.

ARTÍCULO 242A. OPERACIONES ENCUBIERTAS CONTRA LA CORRUPCIÓN. Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos constitutivos de delitos contra la Administración Pública en una entidad pública.

Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la

Administración Pública en coparticipación con la persona investigada, quedará exonerado de responsabilidad, salvo que exista un verdadero acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente.

ARTÍCULO 243. ENTREGA VIGILADA. El fiscal que tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para creer que el indiciado o el imputado dirige, o de cualquier forma interviene en el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, drogas que producen dependencia o también cuando sea informado por agente encubierto o de confianza de la existencia de una actividad criminal continua, previa autorización del Director Nacional o Seccional de Fiscalías, podrá ordenar la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida. A estos efectos se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados.

En estos eventos, está prohibido al agente encubierto sembrar la idea de la comisión del delito en el indiciado o imputado. Así, sólo está facultado para entregar por sí, o por interpuesta persona, o facilitar la entrega del objeto de la transacción ilegal, a instancia o por iniciativa del indiciado o imputado.

De la misma forma, el fiscal facultará a la policía judicial para la realización de vigilancia especial, cuando se trate de operaciones cuyo origen provenga del exterior y en desarrollo de lo dispuesto en el capítulo relativo a la cooperación judicial internacional.

Durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado.

En todo caso, una vez concluida la entrega vigilada, los resultados de la misma y, en especial, los elementos materiales probatorios y evidencia física, deberán ser objeto de revisión por parte del juez de control de garantías, lo cual cumplirá dentro de las treinta

y seis (36) horas siguientes con el fin de establecer su legalidad formal y material.

PARÁGRAFO 1. Para el desarrollo de entregas vigiladas encubiertas, la Fiscalía General de la Nación, podrá utilizar como remesa encubierta dineros e instrumentos financieros incautados a organizaciones criminales o respecto de los cuales haya operado la figura del comiso o la extinción de dominio. La utilización de estos bienes solo podrá ser autorizada por el Fiscal General de la Nación.

PARÁGRAFO 2. Cuando la mercancía a entregar o recibir por parte del agente encubierto sea moneda de curso legal, nacional o extranjera o la transferencia de propiedad sobre productos financieros diferentes a moneda de curso legal, la operación podrá incluir la autorización de adelantar la apertura de productos financieros en instituciones colombianas o extranjeras, a través de las cuales originara la entrega o la recepción de la mercancía.

Los productos financieros abiertos bajo esta autorización tendrán la denominación de

producto financiero encubierto. La apertura de productos financieros encubiertos requerirá la autorización de la respectiva entidad financiera, la cual se entenderá indemne respecto a las posibles conductas delictivas o infracciones regulatorias, derivadas de las actuaciones del Agente Encubierto o de la entidad, en desarrollo de la operación, en lo exclusivamente relacionado con el producto financiero encubierto.

[...]

ARTÍCULO 279. ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO Y EVIDENCIA FÍSICA RECOGIDOS POR AGENTE ENCUBIERTO O POR AGENTE INFILTRADO. El elemento material probatorio y evidencia física, recogidos por agente encubierto o agente infiltrado, en desarrollo de operación legalmente programada, sólo podrá ser utilizado como fuente de actividad investigativa. Pero establecida su autenticidad y sometido a cadena de custodia, tiene el valor de cualquier otro elemento material probatorio y evidencia física.

2. Decisión

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con los artículos 241, 242, 242A y 279 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento penal”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena de la Corte analizó una demanda en la que se alegaba que el Congreso de Colombia había incurrido en una omisión legislativa relativa al expedir los artículos 241, 242, 242A, 243 y 279 del Código de Procedimiento Penal. Mediante estas normas, el legislador facultó a la Fiscalía General de la Nación, para poner en marcha operaciones encubiertas e infiltrar organizaciones criminales como un medio eficaz para combatir los delitos relacionados con el narcotráfico, el lavado de activos y la corrupción. La finalidad de emplear esta técnica investigativa no es otra que lograr la desarticulación de dichas bandas criminales, a través de la obtención de información, evidencias y elementos materiales probatorios derivados del contacto directo que tienen los agentes estatales infiltrados con quienes cometen el hecho punible.

Los artículos demandados prevén que la Fiscalía puede hacer uso de agentes encubiertos en el curso de una investigación, siempre y cuando tenga motivos razonables y fundados para inferir que una persona que está siendo investigada, se encuentra relacionada o pertenece a un grupo criminal organizado, de forma que la infiltración sea un medio indispensable para lograr el éxito de la

investigación. Empero, la ley prevé que esta actuación tiene límites y supone, en todos los casos, que no resulte de un ejercicio arbitrario del poder punitivo, sino que en su ejecución se respeten los derechos y las garantías fundamentales del indiciado o imputado: garantizando que la actuación será objeto de control judicial. En particular, el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal prevé, en relación con las entregas vigiladas, que el agente infiltrado no puede llevar al investigado a cometer un delito que éste no había contemplado cometer, esto es, inducirlo a cometer el hecho punible.

A juicio del ciudadano demandante, las disposiciones acusadas adolecen de una omisión legislativa relativa porque la prohibición de que los agentes encubiertos actúen como instigadores del crimen, está prevista únicamente en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal que regula la figura de las entregas vigiladas, y debió ser incluida en todas las disposiciones demandadas.

Al analizar la demanda, unánimemente la Corte concluyó que esta carecía de aptitud sustantiva para generar un pronunciamiento de fondo. La Sala Plena concluyó que el actor no identificó cuál era el deber constitucional concreto y específico que el legislador omitió acatar al expedir las normas acusadas. Asimismo, encontró que el contenido normativo que el accionante extrañaba en las normas acusadas existe desde el año 1994 cuando la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-176 de ese año, señaló, sin lugar a equívocos, que al emplearse agentes infiltrados como técnica de investigación, no puede el Estado inducir a las personas a cometer conductas delictivas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas. En esa oportunidad la Corte consideró que *“la utilización de agentes provocadores deberá efectuarse de acuerdo a los principios jurídicos consagrados en la Constitución colombiana y respetando por ende las garantías procesales consagradas en ella. **Esto significa en particular que por medio de la utilización de agentes encubiertos no podrá el Estado inducir a las personas a cometer conductas ilícitas para las cuales ellas mismas no estaban predispuestas, puesto que es obvio que este mecanismo se justifica como mecanismo para comprobar la comisión de ilícitos y no como un medio para estimular la realización de los mismos.**”* (énfasis propio).

De igual forma, esta Corte, al estudiar la constitucionalidad de las normas internacionales en virtud de las cuales se adoptaron las técnicas especiales de investigación como las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, sostuvo que en ningún caso *“puede entenderse de manera tal que afecte las garantías procesales garantizadas por la Carta Política, o, dicho de otra manera en ningún caso puede vulnerarse ni el debido proceso, ni ningún otro de los derechos fundamentales”*,¹ y que, además, no puede desconocerse lo dispuesto en los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y aprobados por Colombia que forman parte del bloque de constitucionalidad².

¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-962 de 2003.

² (...) entre otras disposiciones, las contenidas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

En ese orden de ideas, de manera puntual la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el actuar del agente encubierto tiene límites materiales, ya que objetivamente no puede trasgredir límites constitucionales ciertos como, la carta de derechos, libertades y garantías y, además, no puede, bajo ninguna circunstancia actuar como provocador del delito, induciendo al indiciado o imputado a cometer actos delictivos para los cuales no estaba predispuesto, pues su actuación se justifica sólo por tratarse de un medio de comprobación del hecho punible y no de instigación al mismo.³

Esos límites constitucionales han sido reconocidos por la propia Fiscalía General de la Nación que, en desarrollo de esa facultad investigativa otorgada en los artículos 241 y 242 de la Ley 906 de 2004, emitió las resoluciones N° 3865 de 2006 y 6351 de 2008, mediante las cuales estableció expresamente la prohibición de que los agentes encubiertos pudieran provocar o inducir al investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, *“a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto”*.⁴ Prohibición que fue acogida y reiterada, en el Manual Único de Policía Judicial.⁵

Así las cosas, la prohibición que el accionante afirmaba debía ser incluida en los artículos demandados ya ha sido integrada a estos por vía jurisprudencial, de manera que, el presupuesto sobre el que se fundaba la demanda carecía de certeza pues las disposiciones acusadas ofrecen plenas garantías a los investigados, dado que la Corte Constitucional ha señalado, mediante sentencias de constitucionalidad, que la instigación a delinquir por parte de agentes estatales es incompatible con los principios que rigen un Estado social de derecho.

Para la Sala es claro que en Colombia la provocación como medio para lograr procesar a una persona que no había contemplado la idea del delito, no está permitida. Del texto de las normas que regulan la materia, así como de los diversos pronunciamientos de esta Corte y los reglamentos de la misma Fiscalía General de la Nación, se infiere que quienes actúan bajo operaciones encubiertas, lo hacen con el fin de comprobar la comisión del hecho punible, mas no con el propósito de incitarlo, incluso, en los eventos distintos a las entregas vigiladas. Entenderlo de forma contraria, sería desconocer y violar flagrantemente la Constitución Política, así como lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Políticos (Ley 74 de 1968), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972). (Sentencia C-962 de 2003)

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-176 de 1994 y C-156 de 2016.

⁴ Artículo 12 ibídem.

⁵ Manual Único de Policía Judicial, sección 6.4.4.2 (...) *“el agente encubierto tendrá las siguientes prohibiciones: En ningún caso el agente encubierto podrá provocar o inducir al indiciado, imputado o investigado o a cualquier miembro del grupo delictivo organizado, o a un tercero ajeno a la organización, a cometer una conducta punible para la cual no estaba predispuesto”*.

SENTENCIA SU-244/21**M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar****Expediente: T-7688529**

Acción de tutela instaurada, mediante apoderado, por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata contra la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

AL CONFIRMAR LA SENTENCIA QUE NEGÓ LAS PRETENSIONES DE LA FUNDACIÓN FESTIVAL DE LA LEYENDA VALLENATA EN CONTRA DE LA DECISIÓN DE LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO, LA CORTE CONCLUYÓ QUE LA DECISIÓN DE ESTE ALTO TRIBUNAL FUE COHERENTE CON LOS LÍMITES QUE LA CONSTITUCIÓN LE IMPUSO A LAS DONACIONES Y TRANSFERENCIAS DE RECURSOS DEL ESTADO A PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO EN LOS ESTRICTOS TÉRMINOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 355 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Síntesis de los fundamentos

La Fundación Festival de la Leyenda Vallenata interpuso acción de tutela contra la Sentencia de segunda instancia proferida el 5 de julio de 2018, por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el marco de la acción popular promovida por la Procuradora Doce Judicial II Administrativa contra la referida Fundación.

La referida acción popular perseguía la defensa de entre otros derechos colectivos el del patrimonio público, el goce del espacio público y la buena fe administrativa, vulnerados por la Alcaldía y el Concejo Municipal de Valledupar por los actos y actuaciones administrativas adelantadas para entregar a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata el predio "La Esperanza", con el objeto de desarrollar allí el Parque del Festival de la Leyenda Vallenata.

Mediante la sentencia proferida el 5 de julio de 2018, la Sección Tercera (Subsección A) del Consejo de Estado confirmó parcialmente la sentencia proferida el 1 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual se ampararon los derechos invocados por el Ministerio Público y se ordenó a la Fundación que transfiriera la propiedad del inmueble aportado mediante el convenio de fecha 18 de mayo de 2000, junto con sus construcciones y mejoras.

Según la Fundación, el Consejo de Estado desconoció sus derechos al debido proceso y la defensa, e incurrió, en términos generales, en los defectos orgánico, sustantivo y fáctico. En consecuencia, solicitó al juez constitucional que dejara sin efectos la providencia cuestionada. En sentencia del 29 de agosto de 2019, la Sección Primera del Consejo de Estado negó el amparo solicitado. En concreto, estimó que en la providencia reprochada, la sección tercera del Consejo de Estado: **(i)** actuó en el marco de su ámbito competencial; **(ii)** interpretó y aplicó de forma razonable el artículo 355 de la Constitución Política; y, **(iii)** realizó un análisis riguroso de los medios de prueba allegados al proceso, al tiempo que fundamentó, a la luz del acervo probatorio, las premisas desarrolladas en el fallo. Este fallo de tutela no fue impugnado.

Verificados los requisitos de procedencia general de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional analizó los defectos invocados expresamente por la Fundación accionante. La Sala concluyó, en primer lugar, que el juez popular no incurrió en **defecto orgánico** al decretar la suspensión de los efectos de los actos administrativos y la suspensión de un acto contractual, dado que (i) no le era aplicable el mandato previsto en el artículo 144 del CPACA, pues la acción popular se tramitó en vigencia del anterior estatuto de lo contencioso administrativo; y (ii) el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y esta misma Corporación, avalaron la posibilidad de adoptar decisiones como la inaplicación o suspensión de los efectos de actos y contratos, y (iii) en la sentencia cuestionada se dio cuenta de por qué, bajo los presupuestos que encontró acreditados, era necesario adoptar ese tipo de decisión, sin que esto implicara un restablecimiento pleno de las posiciones de los contratantes antes de la celebración del negocio jurídico.

En segundo lugar, la Sala tampoco encontró que se configurara un **defecto sustantivo** por la interpretación y aplicación de los incisos 1 y 2 del artículo 355 de la Constitución, y por la inaplicación de otras disposiciones constitucionales que, a juicio de la parte demandante, adquirirían máxima relevancia en el estudio del asunto, como los artículos 70 y 71 de la Carta. La Corte concluyó que, en estricta sujeción a la Constitución, el juez popular determinó que las condiciones fácticas del asunto examinado impedían la aplicación del inciso 2 del artículo 355 de la Constitución, pues es patente que la transferencia del bien inmueble: (a) fue más allá de una mera asignación de recursos presupuestales, y (b) desbordó el marco temporal de los planes seccionales de desarrollo. Por otro lado, respecto del inciso 1 del artículo 355, la Sala estimó que, aun cuando el Festival de la Leyenda Vallenata ha perseguido a lo largo de su historia importantes propósitos culturales y artísticos que, por lo demás, deben ser promovidos y preservados en los términos de los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución Política, de ello no se sigue que el Consejo de Estado debiera desconocer los alcances normativos del precepto referido. Sobre el particular, la Corte hizo énfasis en que la decisión del Alto Tribunal fue coherente con los límites que la Constitución le impuso a las donaciones y transferencias de recursos del Estado a personas jurídicas de derecho privado en los estrictos términos previstos en el artículo 355 de la Constitución.

Finalmente, la Sala tampoco evidenció que el Consejo de Estado hubiese incurrido en un **defecto fáctico**, ni desconoció la importancia del Festival ni de su aporte a la consolidación cultural. Por el contrario, en aplicación de las disposiciones constitucionales y legales pertinentes, reprochó que se hubiese afectado en gran medida el patrimonio público y, como se expuso previamente, se hubiese contravenido el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, y por las razones expuestas, la Corte confirmó la negativa del amparo impetrado y resolvió confirmar la sentencia del 29 de agosto de 2019 proferida, en única instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado, que negó las pretensiones de la acción de tutela presentada por la Fundación Festival de la

Leyenda Vallenata en contra de la Subsección A de la Sección Tercera de la referida Corporación Judicial.

2. Decisión

CONFIRMAR la sentencia del 29 de agosto de 2019 proferida, en única instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado, que negó las pretensiones de la acción de tutela presentada por la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en contra de la Subsección A de la Sección Tercera de la referida Corporación Judicial, por las razones expuestas en esta sentencia.

3. Salvamentos de voto

Las magistradas **DIANA FAJARDO RIVERA** y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** y los magistrados **ALBERTO ROJAS RÍOS** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS**

Las magistradas **FAJARDO RIVERA** y **PARDO SCHLESINGER** y el magistrado **ROJAS RÍOS** se separaron de la decisión adoptada por la Corte Constitucional. En su concepto, la defensa del Consejo de Estado y de esta Corporación al *patrimonio público* partió de una visión constitucional incompleta, en la que la protección al *patrimonio cultural*, representado por el Festival de la Leyenda Vallenata, fue dejada de lado.

Para el juez popular y la Corte Constitucional la transferencia del inmueble que realizó el municipio de Valledupar a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata en el año 2000, con el objeto de que allí se construyera el Parque de la Leyenda Vallenata, constituyó una donación que, al estar prohibida por la Carta, afectó los recursos del Estado. No obstante, para las magistradas y el magistrado disidentes, el error de tal conclusión partió de ignorar que la Constitución no solo permite, sino que promueve, la intervención de entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad en los programas y actividades de interés público, entre los que se encuentran aquellos dirigidos a proteger y promover las expresiones culturales.

Precisaron que, en dicho contexto, afirmar que el Estado solo puede impulsar la colaboración de particulares a partir de aportes dinerarios y no de otros bienes que resultan adecuados para la consecución de la finalidad pretendida, como un bien inmueble, restringe las posibilidades de actuación que la Carta confiere a las autoridades nacionales y territoriales para la realización de los derechos constitucionales, entre los cuales, insistieron, se encuentra la cultura como un bien que, además, potencializa otros valores necesarios en una sociedad democrática y comprometida con la dignidad e inclusión de todos sus integrantes.

Para las magistradas Fajardo y Pardo y el magistrado Rojas, el contrato suscrito entre el municipio y la Fundación no podía valorarse solo desde la perspectiva según la cual se entregaba un bien a un particular, sino que era preciso examinar que la razón de dicha actuación radicaba en la que la Fundación asumió -y continúa haciéndolo- la realización no solo del Festival sino de actividades adicionales que tienen por objeto preservar la música tradicional vallenata y que, por tal motivo, el convenio suscrito sobre el referido inmueble no podía ser

observado sin evaluar el impacto que una defensa férrea por el mismo implicaba para la práctica vallenata allí involucrada, reconocida como patrimonio inmaterial de la humanidad por la Unesco.

Por tal motivo sostuvieron que, en el balance de razones a cargo del juez popular y, por virtud de la acción de tutela, de la Corte Constitucional, era necesario incluir la protección decidida, y no solo como mención de paso, del patrimonio cultural comprometido en este caso; entendiendo que las alianzas público - privadas no implican una privatización de los escenarios culturales y mucho menos de las expresiones asociadas a ellos, sino que permiten su potencialización, y constituyen un incentivo para que los particulares con experiencia acreditada intervengan en su conservación y promoción democrática.

Por esta razón, para las magistradas y el magistrado disidentes, la transferencia del predio en el que se construyó el Parque de la Leyenda Vallenata no correspondía a un acto derivado de la mera liberalidad de la administración, y la destinación del mismo está inescindiblemente ligada a la realización del Festival de la Leyenda Vallenata y otras actividades culturales, de interés no solo para la Nación sino para la humanidad, por lo cual, su protección debía jugar un rol protagónico tanto en la decisión del juez popular como en la de este Tribunal.

Por su parte, el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** suscribió salvamento de voto al considerar que en este caso se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, en tanto la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado incurrió en los defectos sustantivo y fáctico en la decisión cuestionada. Por lo tanto, a su juicio, la Sala Plena debió conceder el amparo invocado:

1. En cuanto a la configuración del defecto sustantivo, el magistrado estimó que el precedente de la Corte Constitucional ha sido consistente en indicar cómo la promoción de los valores culturales de la Nación -según lo dispuesto en los artículos 70 y 71 de la Constitución- se constituye en fuente de legitimación de la actividad estatal en un escenario social y de derecho, que habilita a la destinación de recursos sin que, por ese motivo, se incurra inmediatamente en la prohibición prevista en el inciso 1° del artículo 355 C.P.

La decisión del Consejo de Estado no tuvo en cuenta dicho enfoque, es decir, no consideró la promoción de los valores culturales como motivación para la celebración del contrato de aporte objeto de la acción popular, elemento determinante que de haber sido estudiado por la Corporación accionada, hubiera llevado a un análisis y conclusión diferentes.

Lo anterior es aún más problemático si se tiene en cuenta que la referida perspectiva de estudio fue puesta de presente por la Fundación tanto en la contestación de la demanda como en el recurso de apelación contra la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

En efecto, en la contestación de la demanda, la Fundación señaló que el objetivo principal del Festival de la Leyenda Vallenata es promover y preservar la cultura,

para lo cual aludió además, a los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución. Así mismo, en el escrito de apelación, al abordar el argumento sobre la ausencia de valoración probatoria, puso de presente que en el predio donde opera el Parque de la Leyenda Vallenata sirve de escenario principal para un evento de enorme trascendencia cultural en el país.

Para el magistrado José Fernando Reyes, pese a tratarse de argumentos de alta relevancia y a que los mismos fueron puestos de presente por la Fundación, el Consejo de Estado no hizo alusión a ellos, lo cual merecía ser objeto de reproche desde el punto de vista constitucional.

2. Respecto del defecto fáctico, el magistrado consideró que el Consejo de Estado debió decretar pruebas de oficio para determinar el sustrato cultural del convenio de aporte, al ser un elemento de estudio trascendental para adoptar la decisión, como se indicó previamente.

La importancia del decreto oficioso de las pruebas radica en el impacto que tenían en la protección del patrimonio público –la inversión de los recursos del Estado y del Municipio para la construcción del Parque como elemento central para la realización del Festival de la Leyenda Vallenata- y del patrimonio cultural e inmaterial de la Nación y de la Humanidad, esto es, el Festival de la Leyenda Vallenata y la música tradicional vallenata.

Sobre este punto, recordó que el inciso 3° del artículo 5° de la Ley 472 de 1998 dispone que: “Promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución. Para este fin el funcionario de conocimiento deberá adoptar las medidas conducentes para adecuar la petición a la acción que corresponda”. Así mismo, el artículo 28 de la mencionada ley, establece que el juez decretará, previo análisis de conducencia, pertinencia y eficacia, las pruebas solicitadas y las que de oficio estime pertinentes.

Según el magistrado Reyes Cuartas era necesario destacar el papel del juez popular y sus facultades oficiosas, las cuales, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, son un elemento esencial en las acciones populares para la efectiva garantía de los derechos colectivos.

3. En consecuencia, en su parecer, la Corte Constitucional debió conceder el amparo invocado ante las evidentes deficiencias en cuanto al objeto de análisis y el decreto probatorio oficioso, que daban lugar a concluir que el Consejo de Estado incurrió en los defectos enunciados.

SENTENCIA SU- 245/21

M.P. Diana Fajardo Rivera

Expedientes acumulados: T-7826882 (acción de tutela interpuesta por Fidencio Maingual Getial contra el Juzgado Cuarto Administrativo de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño) y T-8114575 (acción de tutela presentada por José Alirio Obviedo contra la Sección Quinta del Consejo de Estado)

LA CORTE CONSTITUCIONAL PROTEGE EL DERECHO A LA ETNOEDUCACIÓN DE LOS DOCENTES DEL RESGUARDO YASCUAL (PUEBLO DE LOS PASTOS) Y ADOPTA MEDIDAS ADICIONALES PARA AVANZAR EN LA EFICACIA DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL, EN RELACIÓN CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

1. Antecedentes

1.1. La Sala Plena de la Corte Constitucional analizó las acciones de tutela presentadas por Fidencio Maingual Getial, primero, y José Alirio Obviedo, después, en calidad de gobernadores del Resguardo de Yascual, que hace parte del gran pueblo indígena de Los Pastos, con el fin de que a los etnoeducadores de la comunidad les sea aplicado el Decreto 2277 de 1979 (escalafón docente) modificado por el Decreto 85 de 1980, en relación con los docentes indígenas. La finalidad de su solicitud es que los docentes presten el servicio en condiciones dignas y justas, y de igualdad frente a los demás educadores del país.

1.2. Los gobernadores del Resguardo Yascual elevaron inicialmente una solicitud ante la Secretaría de Educación de Nariño y obtuvieron respuesta negativa. Después, presentaron una acción de cumplimiento, que también les fue negada; y acudieron entonces a la acción de tutela contra providencia judicial. Las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado ampararon el derecho fundamental a la igualdad de los etnoeducadores, pero adoptaron remedios distintos. En particular, la Sección Primera ordenó la aplicación del Decreto 2277 de 1979, como solicitaron los accionantes, y la realización de una consulta previa por parte del Ministerio de Educación, para que, en el término máximo de cuatro años, exista una regulación adecuada para la situación de los etnoeducadores; la Sección Quinta, en cambio, ordenó aplicar el Decreto 1278 de 2002 e iniciar un proceso de formación para los etnoeducadores, de modo que estos últimos participen en igualdad de condiciones en los concursos generales para acceso a la carrera docente. Estas sentencias fueron seleccionadas por la Corte Constitucional en el expediente T-7.826.882.

1.3. Para los gobernadores del Resguardo, esta última decisión desconoció que, según la Sentencia de constitucionalidad C-208 de 2007, el Decreto 1278 de 2002 no es aplicable a los pueblos indígenas, razón por la cual presentaron una nueva acción de tutela contra la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la cual, después de ser rechazada por la Corte Suprema de Justicia, fue admitida y fallada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, en síntesis, ordenó a la Sección Quinta corregir la decisión de tutela inicial de conformidad con el precedente de la Corte Constitucional. La Sección Quinta dictó entonces sentencia de reemplazo en la que ordenó la aplicación del Decreto 2277 de 1979 y mantuvo los remedios adicionales. Este proceso de tutela fue seleccionado por la Corte Constitucional en el expediente T-8.114.575.

1.4. La Corte acumuló los dos procesos por considerar que se trata de un solo y complejo trámite, y decidió dictar la sentencia por Sala Plena, dada su relevancia o trascendencia jurídica.

2. Decisión

Primero. REVOCAR la decisión dictada por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 2 de diciembre de 2019, actuando como juez de primera instancia, dentro del expediente T-8.114.575 y **declarar la improcedencia** de la acción. En consecuencia, se ordenará **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia de remplazo dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 16 de julio de 2020, en cumplimiento de las órdenes dictadas por la Subsección A de la Sección Tercera de la misma Corporación.

Segundo. CONFIRMAR parcialmente las sentencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, el 15 de agosto de 2019, y la Sección Quinta del Consejo de Estado, el 14 de noviembre de 2019, en lo que tiene que ver con (i) la decisión de dejar sin efecto las sentencias dictadas por el Juzgado 4º Administrativo de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño, en primera y segunda instancia respectivamente; y **CONCEDER** el amparo invocado por Fidencio Hernando Maingual (cuyas pretensiones fueron confirmadas por José Alirio Obviedo Amana), en nombre del Resguardo de Yascual.

Tercero. DEJAR SIN EFECTO las demás órdenes adoptadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la Sentencia del 14 de noviembre de 2019, y **ordenar** a la Secretaría de Educación de Nariño que aplique a los etnoeducadores del Resguardo Yascual las normas contenidas en los artículos 8 al 11 del Decreto 2277 de 1979, modificado por el Decreto 85 de 1980; así como los artículos 55 a 56 de la Ley 115 de 1994 y los artículos pertinentes del Decreto 804 de 1995 y las disposiciones que eventualmente pueda adoptar el Gobierno con fundamento en el artículo 56 transitorio de la Constitución, con el fin de que accedan a los derechos y prestaciones propios del escalafón docente definido en la normativa citada.

La Secretaría de Educación de Nariño deberá dar cumplimiento a esta orden de manera oficiosa, de modo que le corresponde verificar que los etnoeducadores nombrados ya se encuentren en propiedad, así como las demás consecuencias normativas de la aplicación de las normas citadas en este ordinal.

Cuarto. ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional que, en diálogo y consulta con los pueblos indígenas, bien sea en el marco de la CONTCEPI o mediante un espacio específico para este efecto, defina un *sistema transitorio de equivalencias*, que permita a los etnoeducadores que han sido nombrados en propiedad, gozar de los derechos propios del escalafón docente en lo que tiene que ver con emolumentos, prestaciones sociales, vacaciones y otros aspectos similares, a partir de su experiencia y de una valoración del conocimiento respetuosa de la diferencia cultural. Como este es un remedio de carácter transitorio, la Sala **instará** al Ministerio de Educación a que este diálogo se lleve a cabo en un término máximo de seis meses contados a partir de la notificación de esta providencia, salvo por necesidades propias del diálogo intercultural, lo cual debe quedar debidamente acreditado y aprobado por ambas partes.

Quinto. EXHORTAR al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que, previo el agotamiento de la consulta previa ordenada desde la Sentencia C-208 de 2007, adopten la normativa que respete los estándares y principios logrados, y además, avance en torno al Sistema Educativo Indígena Propio, en el marco del principio de progresividad de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales.

Sexto. La presente decisión tiene efectos *inter comunis* y, por tal razón, sus efectos se extienden a todos los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren en las mismas circunstancias amparadas en la presente providencia.

Séptimo. Librar las comunicaciones por la Secretaría General de la Corte Constitucional, así como DISPONER las notificaciones a las partes, a través del juez de tutela de primera instancia, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991

3. Síntesis de los fundamentos de amparo

3.1. En Sentencia SU-245 de 2021, la Sala Plena se pronunció en torno a tres problemas jurídicos: (i) la procedencia de la acción de tutela dirigida contra la sentencia de tutela dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado (en torno a las sentencias de cumplimiento emitidas, a su vez, por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño), y decidida por la Sección Tercera, Subsección A, del Consejo de Estado; (ii) la existencia de los defecto sustantivo y violación directa a la Constitución en las sentencias judiciales dictadas en el proceso de cumplimiento dictadas por el Juzgado Cuarto Administrativo de Pasto y el Tribunal Administrativo de Nariño; y (iii) la situación de los etnoeducadores del Resguardo Yascual.

3.2. La Corte Constitucional reiteró que la tutela contra sentencias de tutela es improcedente, por regla general, debido a que la eventual selección y revisión de las decisiones constitucionales de instancia es el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico colombiano para asegurar la corrección de las providencias de la jurisdicción constitucional. La Sala Plena explicó también que este diseño evita que se presenten acciones de tutela de manera sucesiva contra fallos de tutela, situación que aplazaría la respuesta constitucional definitiva y afectaría el poder de la tutela como mecanismo de solución de ciertos conflictos sociales. Por último, señaló que la intervención ciudadana en el trámite de selección es un medio idóneo para que las personas expongan las razones por las cuales una sentencia de tutela debería ser seleccionada por este Tribunal.

3.3. En segundo lugar, la Sala Plena procedió a revisar las decisiones dictadas dentro de la tutela contra las providencias judiciales de cumplimiento, en primera instancia, por la Sección Primera del Consejo de Estado y, en segunda instancia, por la Sección Quinta de la misma Corporación. En criterio de la Corte Constitucional, ambas sentencias acertaron al proteger los derechos

fundamentales de los etnoeducadores del Resguardo Yascual y al considerar que los jueces de cumplimiento incurrieron en un defecto sustantivo al no aplicar el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, según el cual el trámite de cumplimiento debe adecuarse al de tutela cuando las pretensiones de la demanda se dirigen a la satisfacción de un derecho fundamental.

3.4. En torno a este problema, la Corte encontró que, en las circunstancias del caso concreto, los jueces de cumplimiento incurrieron también en una violación directa de la Constitución, pues omitieron su deber de actuar como jueces constitucionales y establecieron así una barrera para el acceso a la justicia constitucional.

3.5. En tercer lugar, se abordó el problema constitucional que dio origen a los distintos procesos judiciales mencionados en este trámite, de cumplimiento y de tutela: la situación de los etnoeducadores del resguardo Yascual.

3.6. La Corte concluyó que (i) como se constató en la Sentencia C-208 de 2007, en torno a la etnoeducación y las condiciones de trabajo de los etnoeducadores, existe (y persiste) un vacío normativo que afecta intensamente los derechos fundamentales de los etnoeducadores, los pueblos y comunidades indígenas, y los niños y niñas y adolescentes que tienen el derecho a recibir el servicio; (ii) a partir de una línea de sentencias de tutela, iniciada en la Sentencia T-907 de 2011, existe *jurisprudencia en vigor*, de acuerdo con la cual los etnoeducadores tienen el derecho a ser nombrados en propiedad y, de acuerdo con los artículos 55 a 62 de la Ley 115 de 1994, el mecanismo de acceso pasa por la concertación con los pueblos; debe garantizar que los docentes conozcan el idioma propio y la cultura de la comunidad donde prestan sus servicios; y garantizar la preferencia por docentes de las mismas comunidades.

3.7. Sin embargo, (iii) como lo demuestra el problema presentado por los gobernadores del Resguardo Yascual, en virtud del vacío normativo evidenciado en materia de etnoeducación, persisten discusiones en torno al régimen aplicable a los etnoeducadores en materia salarial, prestacional y de otros beneficios asociados al régimen de carrera de los que sí gozan otros docentes.

3.8. Después de referirse en los fundamentos normativos la jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la etnoeducación, y analizar los distintos informes recibidos dentro del proceso, la Sala Plena valoró los avances que se han presentado en las cuarenta y dos sesiones sostenidas en el marco de la consulta previa entre el Gobierno nacional y los pueblos indígenas, en el seno de la Comisión Nacional de Trabajo y Concertación de la Educación para Pueblos Indígenas - CONTCEPI; en especial, el hecho de que estas discusiones, aunadas a la Minga del movimiento indígena del año 2013, hayan dado pie al surgimiento del Decreto 1953 de 2014 (sobre autonomía territorial de los pueblos indígenas), en el cual se prevé un conjunto de normas para la construcción del Sistema Educativo Indígena Propio. Consecuente con este logro, para la Corte Constitucional es necesario avanzar decididamente hacia el manejo autónomo del Sistema por parte de los propios pueblos, sin desconocer las obligaciones estatales de garantizar el acceso, según estándares definidos por edad y nivel de educación.

3.9. En el mismo sentido, la Sala consideró necesario adoptar decisiones que aseguren a los etnoeducadores indígenas condiciones laborales o de prestación del servicio equivalentes a las de los demás docentes del país, sin que se encuentren sometidos necesariamente a la presentación o acreditación de los mismos títulos de educación formal. Explicó, no es posible comparar lo que significa para la diversidad étnica y cultural de la Nación el conocimiento de un idioma indígena, de difícil acceso y conservado por un número limitado de personas, pero que contiene una forma de ver el mundo con el conocimiento de otros idiomas, propios del intercambio cotidiano en la cultura mayoritaria; ni es fácil establecer una equiparación entre los conocimientos sobre el territorio y los modos de realizar la agricultura o la pesca, usualmente, compatibles con un desarrollo sostenible con la presentación de títulos de formación (*normalista, profesional, maestro o magíster, doctorado*). No obstante, consideró que, sin lugar a dudas, constituye una discriminación inadmisibles que quienes prestan sus servicios a los pueblos indígenas tengan condiciones disímiles e inferiores a quienes lo hacen para la sociedad mayoritaria.

3.10. A partir de la historia del derecho internacional (en particular, el derecho internacional de los derechos humanos), la Corte Constitucional observó que este ha seguido un camino marcado por *el exterminio, el silencio, la integración o asimilación de los pueblos indígenas a la sociedad mayoritaria, para culminar en el reconocimiento de la diferencia y la autonomía*. Al tiempo que el derecho constitucional colombiano ha pasado del propósito de integración de los pueblos a través de la evangelización, en la Ley 89 de 1890, al pleno respeto por la autonomía y la diferencia cultural, como fundamento de la identidad nacional.

3.11. En ese orden de ideas, la discusión sobre los decretos aplicables al caso del Resguardo Yascual, al igual que las decisiones de instancia, dictadas por las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado plasman también enfoques asociados, algunos a la integración y otros a la maximización de la autonomía. Sin embargo, para la Sala Plena, el derecho a la etnoeducación en el orden constitucional colombiano exige una visión integral que conjugue, por una parte, la autonomía, la diversidad y la calidad étnicamente diferenciada; y, por otra, mecanismos adecuados de acceso y permanencia, que aseguren condiciones de trabajo justas e igualitarias con otros docentes y preserve los mínimos de toda la población.

3.12. Alcanzar ese estado de cosas exige avanzar en la consulta previa nacional iniciada desde el 2008, y en torno a medidas que fortalezcan y consoliden el Sistema Educativo Indígena Propio, tomando como base y respetando los mínimos ya definidos en el Decreto 1953 de 2014 (sobre autonomía territorial indígena); y unas condiciones de trabajo que valoren adecuadamente el conocimiento propio de los etnoeducadores indígenas; todo lo anterior, con miras a la creación de un ordenamiento integral, con jerarquía legal, como fue ordenado en la Sentencia C-208 de 2007.

3.13. La Sala enfatizó en que la inexistencia de un régimen integral sobre la etnoeducación con jerarquía legal, no puede privar a la Constitución de su fuerza normativa, ni a los derechos de los pueblos indígenas de su eficacia, razón por la cual previó un conjunto de medidas o remedios transitorios que atiendan los seis principios citados (autonomía, diversidad y calidad étnicamente diferenciada; al igual que mecanismos adecuados de acceso y permanencia al servicio, condiciones de trabajo justas, e igualitarias con otros docentes y mínimos para toda la población nacional). Entre estas medidas se encuentran el diseño de un sistema de equivalencias transitorio sobre las condiciones que deben acreditar los etnoeducadores; la posibilidad de aplicar las normas del escalafón docente pre existente a los etnoeducadores, sin perjuicio del derecho al nombramiento en propiedad ya definido en la Constitución, la Ley General de Educación y la jurisprudencia en vigor, reiterada en esta oportunidad.

3.14. La decisión se dictó con efectos *inter comunis*, es decir, que se extiende a los pueblos y comunidades indígenas que se encuentren en la misma condición que los del Resguardo Yascual, accionante dentro de los procesos acumulados.

Los magistrados **DIANA FAJARDO RIVERA**, **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** se reservaron la posibilidad de aclarar su voto.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Presidente

Corte Constitucional de Colombia