



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecinueve (2019)**

**Referencia:** ACCIÓN DE TUTELA  
**Radicación:** 44001-23-40-000-2019-00079-01  
**Demandante:** NELSON SIJONA EPIAYU  
**Demandado:** JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE RIOHACHA  
**Temas:** Contra providencia judicial.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte actora contra el fallo del 27 de junio de 2019, proferido por el Tribunal Administrativo de La Guajira, a través del cual negó "por improcedente" el amparo de tutela deprecado.

**ANTECEDENTES**

**1. Petición de amparo constitucional**

Mediante escrito radicado el 14 de junio de 2019, en la Oficina Judicial de Riohacha, el señor Nelson Sijona Epiayu, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, contra el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha, con ocasión de la providencia del 30 de mayo de 2019, mediante la cual se dio por terminado el trámite incidental provocado por el actor, por el incumplimiento de una orden de tutela mediante fallo del 16 de mayo de 2018.

Lo anterior, en consideración a que, según lo afirma la parte actora, la autoridad judicial acusada no tuvo en cuenta las pruebas que demostraban que la orden de amparo no se había cumplido en su integridad.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

*«1. Sírvase su señoría previa (sic) al estudio de esta acción de tutela, amparar los derechos fundamentales AL DEBER DE CUMPLIMIENTO DE LAS PROVIDENCIAS DE TUTELA COMO COMPONENTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y AL DEBIDO PROCESO, vulnerado a la institución etnoeducativa No.11, por parte de la accionada JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCULO DE RIOHACHA.*





2. *Sírvase señor juez ordenar al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO MIXTO DE EL (sic) CIRCULO DE RIOHACHA, que de forma inmediata a partir de la notificación de este fallo, continúe con el trámite incidental y haga valer las facultades de que está investido de conformidad con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 hasta tanto se garantice el goce efectivo del derecho amparado en la sentencia de tutela del 16 de mayo de 2019 proferido por ese mismo despacho.*

3. *Sírvase su señoría ordenar al JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO MIXTO DE EL (sic) CIRCULO DE RIOHACHA, dejar sin efectos la providencia proferida el 30 de mayo de 2019.*

4. *Prevenir a la accionada para que en lo sucesivo volver (sic) a cometer los mismos actos que motivaron la presentación de esta acción judicial, so pena de incurrir en las situaciones que para ello se estima».*

La solicitud tuvo como fundamento los siguientes

## 2. Hechos

Sostuvo que en el mes de abril de 2018, instauró acción de tutela en contra del Ministerio de Educación Nacional, administración temporal para la educación del departamento de La Guajira y administración temporal para el sector educativo Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, en la que solicitó: i) que se ordenara darle apertura a los grados 10° y 11° en el Centro Etnoeducativo No.11, ii) que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se adoptaran las medidas necesarias para cubrir la demanda real y ampliación en la cobertura del servicio de transporte escolar de la comunidad educativa, Centro Etnoeducativo Jarijinamana No. 11 y iii) ordenar al ICFES la inscripción de los niños de grado 11° para que pudieran acceder a las pruebas de Estado.

Destacó que mediante fallo de tutela del 16 de mayo de 2018 se concedió el amparo de tutela deprecado, por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha, el cual ordenó:

*“Segundo: Ordenar a la Administración Temporal para el sector educativo Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha el Departamento de la Guajira y al Ministerio de Educación, procedan dentro de la órbita de sus competencias a realizar el estudio técnico que contenga los requerimientos de personal del establecimiento educativo Jarijinamana, el estudio financiero que propenda a la disponibilidad de recursos de la participación para educación del sistema general de participaciones asignados mediante documento CONPES; los cuales posteriormente deberán ser aprobados por el*





*ministerio de educación nacional (sic), estableciendo la viabilidad de la medida.*

*Dichos estudios deberán adelantarse dentro del término de ley de garantía y una vez finalizado el periodo de restricción dentro del término de quince (15) días se debe generar el cambio de Centro a Institución Etnoeducativa, propendiendo para tal efecto el nombramiento de Docentes Etnoeducadores de conformidad con las directrices impartidas por la corte constitucional (sic) y la ley, el nombramiento de la directora del Centro Etnoeducativo a Rectora si cumple con los requisitos o en su defecto encargarla de funciones hasta tanto se surta el procedimiento a que haya lugar, el registro de los estudiantes de 10º y 11º grado en el SIMAT y la inscripción sin dilación de los estudiantes al instituto colombiano para la evaluación de la educación para la presentación de las pruebas ICFES.*

*TERCERO: Ordenar a la Asunción Temporal que en el término de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, garantice la prestación del servicio de Transporte Escolar Adecuado y Proporcional a los niños jóvenes del Centro Etnoeducativo No.11 para que pueda seguir acudiendo al centro sin violación alguna de sus derechos.*

Precisó que, las entidades demandadas y sobre las cuales recayeron las órdenes impartidas por el referido juzgado, procedieron a: i) cambiar de centro a la Institución Etnoeducativa, ii) registrar a los estudiantes de 10º y 11º en el SIMAT, iii) inscribir a los estudiantes para presentar las pruebas del ICFES y iv) dieron apertura a los grados 10º y 11º.

Anotó que las demandadas no realizaron el nombramiento de docentes etnoeducadores de conformidad con las directrices impartidas por la Corte Constitucional y la ley, el nombramiento de la directora del Centro Etnoeducativo a rectora, si cumple o no con los requisitos o en su defecto encargarla de funciones hasta tanto se surta el procedimiento a que haya lugar. Tampoco se está garantizando la prestación del servicio de transporte escolar adecuado y proporcional a los niños y jóvenes del Centro Etnoeducativo No. 11 para que pueda seguir acudiendo al centro sin violación alguna de sus derechos descartando lo ordenado en el fallo.

Señaló que el 31 de julio de 2018, ante el incumplimiento de la orden judicial proferida por el juez de tutela, formuló un incidente de desacato contra las entidades demandadas. Sin embargo, afirma, dicha solicitud no tuvo respuesta por parte de la entidad y el juzgado lo archivó.

Comentó que en el mes de abril de 2019, ante el incumplimiento de la orden judicial en lo referente al nombramiento de docentes y garantía en la





prestación del servicio de transporte escolar de manera adecuada y proporcional a los niños y jóvenes de la institución No. 11, presentó nuevamente un incidente de desacato.

Estableció que la omisión por parte de la demandada en cumplir la orden del juez de tutela puso en una situación de indefensión y vulnerabilidad a todos los niños de la institución, por cuanto al no garantizarse el servicio de transporte escolar, se les ha dificultado acudir al centro educativo, lo que provoca deserción estudiantil.

Apuntó que el 13 de mayo de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Riohacha inició el estudio del incidente de desacato contra las entidades demandadas y concedió un término de dos (2) días para que se pronunciaran sobre el particular.

Indicó que el 30 de mayo de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Riohacha decidió dar por terminado el trámite incidental por considerar que las demandadas no habían incurrido en conducta de desacato sancionable, con ocasión de las órdenes contenidas en el fallo de tutela del 16 de mayo de 2018.

Sostuvo que en la parte considerativa de dicha providencia, manifestó que para el cumplimiento de la orden se procedió a la contratación del servicio de transporte que inicia el 13 de agosto de 2019 y que en el contrato se prevé una cobertura para la totalidad del calendario escolar de conformidad con los acuerdos a que se llegó en la asamblea permanente con las autoridades tradicionales indígenas, dando pleno cumplimiento al fallo de tutela.

### **3. Sustento de la vulneración**

Refirió los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela, en especial, cuando se dirige contra autoridades judiciales.

Anotó que, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio toda vez que no cuenta contra acción judicial que brinda una protección tan eficaz como el amparo constitucional.

Afirmó que no ha firmado acuerdo en asamblea con la Administración Temporal para la Educación en La Guajira, el Distrito de Riohacha y la Secretaría de Educación del Distrito de Riohacha (como docente etnoeducador) y las cinco rutas de transporte asignadas, no son adecuadas y proporcionales a los niños y jóvenes de la institución No. 11, tal y como se ordena en el fallo de tutela del 16 de mayo de 2018, por cuanto la población estudiantil de la referida institución, es de 1014 niños, contando la sede principal con 714 niños y las rutas aprobadas solo cubren 195 niños, quedando sin transporte escolar más de 350 niños. Por tal razón, solicita que



Radicación: 44001-23-44-000-2019-00079-01

Demandante: Nelson Sijona Epiayu

la autoridad judicial acusada continúe con el trámite incidental de desacato y sancione a las entidades encargadas de dar cumplimiento a la orden de tutela.

#### **4. Trámite de la solicitud de amparo**

Mediante auto del 17 de junio de 2019, el Tribunal Administrativo de La Guajira, admitió la solicitud de tutela y ordenó notificar al demandante y a la juez Segunda Administrativa del Circuito Judicial de Riohacha (f. 133).

#### **5. Argumentos de defensa**

##### **5.1 Juez Segunda Administrativa del Circuito Judicial de Riohacha**

La autoridad judicial demanda en la tutela, contestó en los siguientes términos:

Preciso que surtido el trámite incidental de desacato, de los escritos presentados por las autoridades incidentadas, se pudo advertir que el Ministerio de Educación no es competente para atender las órdenes constitucionales y a su turno, el departamento de La Guajira da cuenta que todos los asuntos referentes a la educación se encuentran intervenidos y están a cargo de la Administradora Temporal para el Sector Educativo del Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha y el departamento de La Guajira.

Sostuvo que, en esa misma línea, la señora Grisela Monroy Hernández, quien funge como la gerente educativa del distrito de Riohacha, como la funcionaria responsable de dar cumplimiento al fallo, acreditó las nuevas diligencias encaminadas a dar cumplimiento de la orden judicial de tutela.

Precisó que entre tales gestiones se encuentran, la revisión de la planta asignada a la Institución Etnoeducativa No.11 de la cual se pudo concluir que contaba con excedente de docentes, razón por la cual se procedió a autorizar la reorganización de la misma para atender los grados 10º y 11º.

Apuntó que en relación a lo anterior, se determinó que la institución no requería planta adicional, toda vez que reportaba una baja cobertura tal como consta en el acta suscrita con la directora del 27 de junio de 2018 y el acta de validación de planta del 3 de julio de 2018, de tal manera que para esa vigencia era de imposible cumplimiento proveer con nombramientos la institución ya que la normatividad aplicable señala que el docente debe ser ubicado donde están los niños. De haber baja cobertura no existe fundamento jurídico que soporte el nombramiento de docentes.

Afirmó que la entidad resaltó entre los argumentos de defensa que las plantas de personal tienen un carácter dinámico, así como las matriculas de las



instituciones educativas, que obedece a la dinámica social de la población por ello la ley provee unos requisitos entre los cuales los rectores deben reportar los excedentes de docentes, durante cada vigencia una vez se estabilizan las matrículas. Con ello se procede a reorganizar o redistribuir según el caso, a los docentes o se autorizan horas extras para cubrir los faltantes.

Expuso que para la vigencia 2019, según lo informó la demandada, la directora de la Institución Etnoeducativa No.11, solicitó el cubrimiento de horas extras por incremento de cobertura y señaló que de acuerdo con la distribución de la carga académica de la institución requería asignar 30 horas extras a la mayoría de los docentes, asunto que le fue autorizado con la Resolución No. 112 de 2019. Frente a ello, la gerencia educativa del Distrito, solicitó al Ministerio de Educación Nacional, disponibilidad de plazas y mediante correo de 3 de abril de 2019 se le envió comunicación al Ministerio del Interior –Dirección de Consulta Previa, para que realizara la convocatoria para llevar a cabo los nombramientos de docentes en la Institución Etnoeducativa No. 111 Jarijinamana, programándose consulta previa para los días 30 y 31 de mayo de 2010, la que según el accionante afirma, se llevó a cabo, diligencia con la cual se procedería a realizar el nombramiento de 6 docentes y un orientador.

Explicó que en lo relacionado con el transporte escolar, se sustentó que para la vigencia 2018 se dispuso dos nuevas rutas para atender el Centro Educativo No. 11. Para la vigencia 2019, la Administración Temporal dio apertura al proceso de licitación pública No. ATR –LP – 020- 2019, por medio de la Resolución 007 del 23 de enero de 2019, cuyo objeto es *“prestación del servicio de transporte escolar en el Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha – La Guajira”*, con alcance para la prestación en la zona étnica, rural y urbana del Distrito.

Señaló que se inició una concertación en audiencia de asignación de riesgos donde se presentaron observaciones de parte de las comunidades indígenas para el transporte étnico. Se procedió a la convocatoria de las comunidades indígenas para que seleccionaran su operador y se previó una cobertura de transporte para todo el año escolar, de conformidad con los acuerdos a los que se llegó en la asamblea permanente con las autoridades indígenas, donde se incluyeron 5 rutas para la institución.

Reseñó que la entidad, además, precisó para el caso puntual del Distrito de Riohacha, que el presupuesto para el transporte escolar para la vigencia de 2019 superó en casi 50% el presupuesto de la vigencia de 2018, lo cual fue destinado para el transporte escolar y para la zona étnica se está apropiando un presupuesto adicional, lo que llevó al juzgado a concluir que no se configuraban los elementos de responsabilidad objetivos y subjetivos necesarios para imponer una sanción.



### 6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de La Guajira, mediante sentencia del 27 de junio de 2019, denegó "por improcedente" el amparo de tutela deprecado. Como fundamento de dicha decisión, expresó en resumen lo siguiente:

Precisó que la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-034 de 2018, aclaró la procedencia de la acción de tutela contra decisiones que se profieren en incidentes de desacato, en el sentido de indicar que, el juez de tutela está autorizado a revisar este tipo de providencias únicamente para examinar la observancia del debido proceso al interior del trámite y la adecuación de la decisión adoptada en virtud del mismo, más no puede revisar, cuestionar y/o modificar la decisión de tutela, el alcance o contenido sustancial de las órdenes impartidas por el juez de la tutela primigenia, pues se trata de un debate que ya fue zanjado.

Resumió las actuaciones adelantadas en el trámite incidental de desacato objeto de la presente acción de tutela, para destacar que si bien se superan los requisitos adjetivos de procedencia de la solicitud de amparo, no sucede lo mismo con los presupuestos especiales, tanto que, el actor no cumplió con la carga de sustentar un requisito especial en que hubiere incurrido la providencia judicial de acuerdo con el criterio delineado por la Corte Constitucional, en el sentido que le correspondía indicar así sea uno de ellos, para fundamentar la procedencia excepcional de esta acción.

Sustentó que no se cumple con ese presupuesto para que sea procedente la acción constitucional sumado a que los argumentos son propios de un recurso, lo cual frente al ordenamiento jurídico no contempla herramientas judiciales para atacar los autos interlocutorios que se abstienen de sancionar por desacato.

Sostuvo que la decisión adoptada por la juez acusada se adoptó en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial estatuidos en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

Concluyó que deviene la improcedencia de la presente acción de tutela debido a que "no se satisface el criterio de subsidiariedad" por lo que así se declararía.

### 7. La impugnación

El actor, inconforme con la decisión, la impugnó. Como fundamento de dicho recurso expresó lo siguiente:

Explicó que en el expediente reposan todos los presupuestos fácticos mediante los cuales se demuestran todos los elementos necesarios para





ordenar la protección de los derechos fundamentales invocados en la tutela de la referencia, toda vez que el Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal para el Sector Educativo, Distrito Especial Turístico y Secretaría de Educación Distrital de Riohacha, no han cumplido lo ordenado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha.

Anotó que la Administración Temporal para el Sector Educativo, solo ha garantizado el transporte a 195 niños cuando la institución cuenta con una población de más de 900 alumnos, y además, el fallo de tutela es claro en el sentido que ordena que se garantice la prestación del servicio de transporte escolar de manera adecuada y proporcional a todos los niños y jóvenes de la Institución Etnoeducativa No. 11.

Destacó que el *a quo* no examinó los argumentos expuestos en la demanda de tutela acerca de la conducta omisiva por parte del Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal para el Sector Educativo Distrito Especial Turístico y Cultural de Riohacha y Secretaría de Educación Distrital de Riohacha.

Citó el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 sobre el cumplimiento del fallo de tutela y la potestad del juez para hacerlo cumplir.

Concluyó que se debe amparar el deber de cumplimiento de las providencias de tutela como componente del derecho fundamental al acceso a la administración de justicia y al debido proceso.

## 8. Trámite en segunda instancia

Previamente a dictar la decisión de segunda instancia, el despacho sustanciador advirtió que no se vinculó al presente trámite a los señores José Eduardo Epiayu, Ingrid Ballesteros Uriana (quienes actuaron igualmente en la tutela que dio lugar al desacato), Alba Lucía Marín Villada (administradora temporal para el sector educativo en el departamento de la Guajira, Distrito Especial, Turístico y Cultural de Riohacha, entidad incidentada), María Victoria Angulo González (ministra de Educación Nacional como entidad incidentada) y Grisela Monroy Hernández (gerente designada para el sector educación del Distrito de Riohacha), pese a tener interés directo en el resultado del proceso razón por la cual, mediante providencia del 1º de agosto de 2019, se dispuso su vinculación para que: i) alegara la posible nulidad, ii) acudiera al presente trámite o iii) guardara silencio. En estos dos últimos eventos se entendería saneada la nulidad.

Cumplido el término otorgado para intervenir, los terceros vinculados al proceso guardaron silencio -quedando saneada la nulidad que presentaba el trámite-, con excepción del Ministerio de Educación Nacional, el cual se pronunció en los siguientes términos:





Radicación: 44001-23-44-000-2019-00079-01

Demandante: Nelson Sijona Epiayu

A través del jefe de la oficina asesora jurídica la entidad precisó que la acción de tutela se torna improcedente al dirigirse contra una actuación surtida en el marco de otra acción de tutela y porque, además, no se ha desconocido ningún derecho fundamental, sin que se acrediten los presupuestos y requisitos especiales previstos por la jurisprudencia para la procedencia de la solicitud de amparo.

Sostuvo que en este caso no cuenta con la legitimación en la causa por pasiva, puesto que el Ministerio de Educación Nacional hizo entrega de la administración de las instituciones educativas, el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos y el manejo de los recursos para el pago de los mismos a los departamentos, conforme a la Ley 60 de 1993.

Destacó que, en el caso bajo estudio, quien tiene la competencia para cumplir con la orden de tutela objeto de desacato, es la Administración Temporal del Servicio de Educación de La Guajira.

## I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la parte actora, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, de conformidad con los artículos 32 del Decreto 2591 de 1991 y 2.2.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015 modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el Acuerdo 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### 2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si, hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de negar "*por improcedente*" el amparo de tutela deprecado.

Para el efecto se deberá establecer si, en el asunto de la referencia, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha incurrió en un presunto defecto fáctico, al abstenerse de sancionar a las entidades requeridas en el trámite incidental de desacato que tuvo lugar como consecuencia del incumplimiento de la orden judicial dictada por dicha autoridad judicial, a varias entidades del sector educativo regional de Riohacha, con miras a que se garantizara la contratación de docentes étnicos y se prestara el servicio de transporte escolar a toda la población estudiantil del Centro Etnoeducativo No. 11.



Para abordar el problema jurídico planteado se analizarán los siguientes aspectos: **i)** el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y **ii)** el caso concreto.

### **3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial – providencias dictadas en el trámite de un incidente de desacato**

De conformidad con el precedente jurisprudencial proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012<sup>1</sup>, mediante el cual **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales<sup>2</sup>, conforme al cual:

*«De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.»<sup>3</sup>.*

La Corporación ha modificado su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, es necesario **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia**, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Así, ahora es importante precisar bajo qué parámetros se hará ese estudio, pues la sentencia de unificación se refirió a los **«...fijados hasta el momento jurisprudencialmente...»**.

Es claro que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala Plena. Expediente número 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. Magistrada Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>2</sup> El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

<sup>3</sup> *Ibidem*.



Radicación: 44001-23-44-000-2019-00079-01  
Demandante: Nelson Sijona Epiayu

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia<sup>4</sup> a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo (procedencia sustantiva) y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto (procedencia adjetiva).

En tales condiciones, debe verificarse en primer término que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad, a saber: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez y iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la Sección declarará **improcedente** el amparo solicitado y no entrará a analizar el fondo del asunto.

En caso contrario, en el evento en que el asunto supere dichos requisitos, corresponderá a la Sala adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la prosperidad o **negación** del amparo impetrado, se requerirá: i) que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y ii) que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Al respecto, resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una «*tercera instancia*» que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Ahora bien, debe precisarse que la Corte Constitucional ha puntualizado los eventos en que procede la acción de tutela contra las decisiones que le ponen fin a los trámites incidentales de desacato:

*“Se tiene que la jurisprudencia trazada por esta Corporación sostiene que para enervar mediante acción de tutela la providencia que resuelve un incidente de desacato, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos: i) La decisión dictada en el trámite de desacato se encuentre ejecutoriada; es decir que la acción de tutela es improcedente si se interpone antes de finalizado el trámite –incluido el grado jurisdiccional de consulta, si es del caso–. ii) Se acrediten los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y se sustente, por lo menos, la configuración*

<sup>4</sup> Entre otras, se citan las sentencias T - 949 de 2003, T - 774 de 2004 y C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.





*una de las causales específicas (defectos). iii) Los argumentos del promotor de la acción de tutela deben ser consistentes con lo planteado por él en el trámite del incidente de desacato, de manera que a) no debe traer a colación alegaciones nuevas, que dejó de expresar en el incidente de desacato, y b) no puede solicitar nuevas pruebas que no fueron pedidas en un principio dentro del desacato y que el juez no tenía que practicar de oficio”<sup>5</sup>.*

Como se lee, además de los requisitos generales de procedencia de las acciones de tutela contra providencias judiciales, el peticionario que solicita el amparo de sus derechos fundamentales con ocasión a una providencia dictada en el trámite de un incidente de desacato, solo lo puede requerir cuando dicha decisión se encuentre ejecutoriada, incluyendo el grado jurisdiccional de consulta y debe ser consistente con los argumentos planteados en el trámite incidental.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

#### **4. Caso concreto**

Para la parte actora, sus derechos fundamentales se desconocieron por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Riohacha, con ocasión a la providencia del 30 de mayo de 2019, mediante la cual se abstuvo de sancionar por desacato a las entidades encargadas de cumplir la orden judicial tendiente a garantizar la contratación de personal docente de origen étnico y prestar el servicio de transporte escolar de manera proporcional y adecuada a la Institución Etnoeducativa No. 11.

Lo anterior toda vez que, a juicio de la parte actora, la autoridad judicial acusada incurrió en un presunto defecto fáctico, pues aunque no lo denomina así, el actor señala que en el expediente se encuentran todos los elementos para determinar el incumplimiento de la orden judicial dictada en la sentencia de tutela del 16 de mayo de 2018, sin embargo, según afirma, el juzgado accionado optó por no sancionar a las entidades incidentadas, pese a la evidencia probatoria que demostraba el desacato a la orden de tutela.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de La Guajira denegó “*por improcedente*” el amparo de tutela deprecado al encontrar que, si bien el argumento central del actor es que se debió sancionar por desacato a las entidades incidentadas, porque la sentencia de tutela no se ha cumplido a cabalidad, al quedar pendiente el nombramiento de docentes etnoeducadores y la prestación del servicio de transporte escolar en el centro educativo No. 11, lo cierto es que el demandante no cumplió con la carga de sustentar el defecto del cual presuntamente adolecía la providencia cuestionada, esto es, aquella que se abstuvo de imponer sanción por desacato al evidenciar que la orden se estaba cumpliendo.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-034 de 2018



Radicación: 44001-23-44-000-2019-00079-01  
Demandante: Nelson Sijona Epiayu

En ese orden, señaló que los argumentos del actor develan simplemente una inconformidad con la decisión y corresponden al sustento propio de un recurso ordinario, sin que la acción de tutela sea el mecanismo idóneo para ventilarlos, por lo que considera la presente solicitud de amparo improcedente como mecanismo principal.

Inconforme con la decisión, el accionante la impugnó con fundamento en que el Tribunal Administrativo de la Guajira no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en la demanda de tutela que indican que, en el expediente se encuentran todos los elementos para demostrar que, a la fecha, las entidades demandadas no ha cumplido con la totalidad de la orden de tutela impartida en la sentencia del 16 de mayo de 2018.

Anotó que la Administración Temporal para el Sector Educativo, solo ha garantizado el transporte a 195 niños cuando la institución cuenta con una población de más de 900 alumnos y, además, el fallo de tutela es claro en el sentido de ordenar que se garantice la prestación del servicio de transporte escolar de manera adecuada y proporcional a todos los niños y jóvenes de la Institución Etnoeducativa No. 11.

Destacó que el *a quo* no examinó los argumentos expuestos en la demanda de tutela acerca de la conducta omisiva por parte del Ministerio de Educación Nacional, Administración Temporal para el Sector Educativo Distrito Especial Turístico y Cultural de Riohacha y Secretaría de Educación Distrital de Riohacha.

Con la claridad anterior, pasará a estudiarse la impugnación de cara a lo que la Sala interpreta, es un defecto fáctico, ante la omisión de la autoridad judicial acusada de valorar todos los elementos probatorios del expediente que demuestran que en efecto, las autoridades incidentadas no han cumplido con la orden de tutela del 16 de mayo de 2018.

Previo a ello, debe precisarse que, aun cuando el Tribunal usó una fórmula que no es correcta en términos de técnica jurídica, pues “negó por improcedente” la acción de tutela, lo cierto es que los argumentos ofrecidos por el *a quo* en primera instancia obedecen a una denegatoria del amparo de tutela, pues en efecto, estudió los requisitos adjetivos de procedibilidad y los encontró acreditados.

Ahora bien, esta Sección se ha pronunciado en diversas oportunidades para precisar que el defecto fáctico se configura siempre que se advierta cualquiera de los siguientes supuestos: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y



iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso<sup>6</sup>.

Sobre el particular, la Sección ha considerado que yerro fáctico procede puntualmente sobre los numerales ii) y iii), esto es, desconocimiento del acervo probatorio y valoración irracional – alegada en este caso por la parte actora- cuando, *“a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado”*<sup>7</sup>.

Para el efecto se requiere que<sup>8</sup>:

- a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez.
- b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. Este elemento resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, de ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.
- c) Incidencia de la prueba en el fallo atacado.

En el caso bajo estudio se encuentra que el actor no precisó cuáles pruebas no fueron debidamente valoradas por la autoridad judicial acusada o las evidencias que reposan en el expediente que demuestran que las autoridades incidentadas no han cumplido a cabalidad con la orden de tutela del 16 de mayo de 2018.

Por el contrario, el actor se limita a señalar que aún no se ha contratado a los etnoeducadores en la Institución Educativa No. 11 y que no se ha garantizado en su integridad el servicio de transporte escolar. No obstante, dicha afirmación no encuentra sustento en ninguno de los defectos que hacen procedente la acción de tutela contra providencia judicial, más aun cuando se trata de una decisión adoptada en un trámite incidental de desacato de otro mecanismo de amparo constitucional.

En gracia de discusión, la decisión adoptada por la Juez Segunda Administrativa del Circuito Judicial de Riohacha, se sustentó en las gestiones

<sup>6</sup> Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Magistrada Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>7</sup> Radicación No. 11001-03-15-000-2016-00076-01, Accionante: Luz Amanda Moreno Barrera; Accionado: Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala 10 de Descongestión. Magistrada Ponente: Rocío Araújo Oñate.

<sup>8</sup> Ibídem.





Radicación: 44001-23-44-000-2019-00079-01  
Demandante: Nelson Sijona Epiayu

acreditadas por la Administración Temporal Educativa del departamento de la Guajira y el Distrito de Riohacha, que demostraban que se estaban adelantando todas las actuaciones tendientes a darle cumplimiento al fallo de tutela. De manera que, aun cuando faltaren algunas gestiones por hacer, lo cierto es que, las autoridades incidentadas están llevando cabo las gestiones pertinentes para dar cumplimiento a la orden impartida y ello fue lo que valoró la autoridad judicial demandada, al señalar que *“no se demostraron los elementos de responsabilidad objetivo y subjetivo indispensable en la imposición de una sanción por desacato”*.

De manera que, ante la falta de carga argumentativa del actor tendiente a demostrar la configuración de un defecto fáctico o cualquier otro, contra la providencia acusada, se impone la negativa de la solicitud de amparo.

No sobra agregar que la decisión que adoptó la autoridad judicial demandada en el trámite incidental de desacato no impide que el demandante pueda promover otro incidente de desacato, en el evento de advertir alguna conducta negligente o desinteresada de las autoridades encargadas de cumplir con la orden de tutela en cuestión.

Ahora, debe precisarse que, si bien el *a quo* encontró superados todos los requisitos adjetivos de procedencia y así lo advirtió, en la parte resolutive negó “por improcedente” la acción de tutela deprecada.

Sin embargo, considera esta Sala de decisión que, lo propio en este asunto era simplemente negar el amparo de tutela, ante la falta de carga argumentativa que sustente los defectos en que presuntamente incurrió la autoridad judicial acusada.

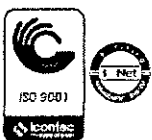
De modo que, la providencia del 27 de junio de 2019 dictada por el Tribunal Administrativo de La Guajira habrá de confirmarse bajo el entendido que se limitó a negar el amparo de tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO:** Confírmase la sentencia del 27 de junio de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, bajo el entendido que negó el amparo de tutela deprecado, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.





Radicación: 44001-23-44-000-2019-00079-01  
Demandante: Nelson Sijona Epiayu

**TERCERO:** Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Magistrada



**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Magistrada

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Magistrada (E)