

Sentencia T-263/07

DERECHO A LA EDUCACION DEL NIÑO-Fundamental

DERECHO A LA EDUCACION-Comprende unas dimensiones de contenido prestacional

DERECHO A LA EDUCACION-Desarrollo progresivo

EDUCACION PREESCOLAR-Desarrollo legislativo

SERVICIO DE EDUCACION PREESCOLAR A NIÑOS MENORES DE 6 AÑOS-Competencia para su prestación y ampliación progresiva

La prestación del servicio de educación preescolar a los niños menores de 6 años, así como su ampliación progresiva a los tres niveles previstos por el Decreto 2247 de 1997, corresponde a los municipios y distritos o, en su defecto, a los departamentos tratándose de municipios no certificados, con cargo a la participación de educación del Sistema General de Participaciones y a los recursos propios que la respectiva entidad territorial destine para el efecto.

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por permitir a la menor el acceso al preescolar

Referencia: expediente T-1497647

Acción de tutela interpuesta por Johanna del Carmen Arturo Ordóñez, en representación de su hija María José Rodríguez Arturo contra el Ministerio de Educación Nacional.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil siete (2007)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

La señora Johanna del Carmen Arturo Ordóñez, obrando como representante legal de su hija María José Rodríguez Arturo, quien para la fecha de la demanda contaba con tres (3) años y diez (10) meses de edad, interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Educación Nacional y la administración municipal de Pasto (Nariño), por presunta violación de sus derechos a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, con base en los siguientes hechos:

1. Manifiesta que el jardín infantil INEM de Pasto venía prestando el servicio de preescolar en los niveles de prejardín, jardín y transición para niños de 3, 4 y 5 años de edad, con transferencias de la Nación para el pago de la nómina de docentes. Este servicio se prestó en tales condiciones, durante los períodos escolares 2002-2003; 2003-2004; 2004-2005 y 2005-2006.

1. Refiere que para el calendario escolar 2006 – 2007, se solicitó la preinscripción de niños y niñas en edades de tres y cuatro años para cursar los grados de prejardín y jardín en la institución educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM. Sin embargo, en reuniones sostenidas con los padres de familia de los niños y niñas de 3 y 4 años, la última de ellas el 7 de septiembre de 2005, el Alcalde les informó que en cumplimiento de disposiciones del Ministerio de Educación Nacional (Resolución 1515 de julio 3 de 2003, art. 3º literal c).1) no se permitiría la matrícula de éstos menores en razón a no contar con los recursos necesarios para cancelar el valor de la nómina y demás gastos necesarios para la prestación de este servicio.

1. Señala que, como es de público conocimiento, la nación a través del Ministerio de Educación Nacional, únicamente está transfiriendo los valores correspondientes a los gastos de prestación de servicios requeridos por cada niña o niño de cinco (5) años en adelante considerando, bajo una lectura errónea de la Constitución, que su obligación en materia de educación solamente surge desde la mencionada edad.

1. Informa que en ocasiones anteriores el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre esta problemática señalando que las normas legales que regulan la materia² “señalan el mínimo de derecho a la educación que tienen los menores y de ninguna manera puede interpretarse como prohibición constitucional o legal para ampliar esa cobertura. En efecto esas normas no son restrictivas, por el contrario garantizan derechos mínimos que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador y las autoridades administrativas a cargo de la prestación del servicio”.³

1. Aduce que estudios científicos de neuropediatría sobre el impacto de la educación en niños entre cero y cinco años de edad, demostraron que los cinco primeros años de las personas son fundamentales en la estructura de su pensamiento emocional y racional, recomendando la aplicación de planes de formación en música, artes plásticas, idioma extranjero, danzas, lectoescritura, aplicados por personal docente bien calificado, lo cual produce una población de infantes con excelente desarrollo psíquico e intelectual.⁴

1. Sostiene que el jardín infantil Piloto del INEM durante toda su existencia (más de 33 años) ha contado con un excelente cuerpo docente y atiende a niños y niñas de prejardín, jardín y transición de la ciudad de Pasto, pertenecientes a aquellos estratos en los que los padres no cuentan con recursos económicos para cancelar los costos de un servicio privado.

1. Concluye que considera injusto que por una decisión del Ministerio de Educación Nacional, se prive a los niños de una excelente educación y solicita la tutela de los derechos invocados

y que como consecuencia de ello: (i) se ordene al Ministerio de Educación Nacional autorizar al municipio de Pasto la prestación de los servicios educativos de prejardín, jardín, y transición a través del jardín piloto de la institución educativa municipal “Mariano Ospina Rodríguez” INEM; (ii) ordenar al Ministerio de Educación Nacional y al Municipio de Pasto “que con cargo a su presupuesto, se realicen las transferencias de los recursos necesarios para la prestación de los servicios mencionados hasta que mi hija ingrese al grado de transición de preescolar”.

Intervención de la parte demandada.

La Alcaldía Municipal de Pasto

El apoderado del Alcalde de Pasto se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que no existe vulneración a los derechos invocados en razón a que la administración municipal está cumpliendo normas constitucionales y legales, y que se encuentra implementando los mecanismos necesarios para ajustarse a esa normatividad, por lo que la negativa a otorgarle cupo a la hija de la demandante no corresponde a una discriminación arbitraria o caprichosa, sino al hecho de que no ha cumplido la edad mínima establecida en el sistema educativo colombiano para el acceso a la educación gratuita.

1. Afirma que existe un marco constitucional y legal que regula el acceso al sistema educativo colombiano de manera gratuita, ello implica la responsabilidad para el estado de girar los recursos a los departamentos y municipios certificados en materia educativa para atenderla a través del Sistema General de Participaciones. Conforme a este marco legal, la hija de la accionante no puede ingresar al mencionado sistema por no contar aún, con la edad mínima requerida: cinco (5) años de edad.

Ese marco está integrado por el artículo 67 de la Constitución Política⁵ que radica en el Estado, la sociedad y la familia la responsabilidad de la educación, estableciendo su obligatoriedad entre los 5 y los 15 años de edad, incluyendo “como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica”, lo que según el demandado, excluye la obligatoriedad respecto de los grados de jardín y prejardín

Señala que en desarrollo de ese marco constitucional el gobierno nacional ha expedido varios actos administrativos reglamentarios, entre ellos la resolución No. 1515 de julio 3 de 2003 que establece los criterios generales para la asignación de cupos escolares en los entes territoriales, entre los cuales se contempla el de “Asegurar que la edad mínima para ingresar al grado de transición sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar” (Art. 3º, c) resolución 1515 de 2003).

1. Indica que tal regulación se produce en el marco de las funciones de intervención, regulación e inspección y vigilancia de la educación que compete al gobierno para velar por su calidad y el cumplimiento de los fines que le son propios. Para ello se han establecido estándares en la asignación de cupos y matrículas que permitan optimizar el acceso al servicio educativo en condiciones de eficiencia y de equidad “entre quienes ostentan la edad adecuada para ello, con un año de preescolar y nueve de primaria”.

1. Refiere que para atender a la población que se encuentra por fuera de esos estándares (niños de 0 e incluso hasta 6 años de edad), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar realiza actividades pedagógicas y lúdicas con el ánimo de desarrollar afinidades psicológicas y sicomotoras orientadas a una atención especial e integral del menor, servicios que se prestan a través de más de 450 hogares de bienestar familiar que funcionan en el municipio de Pasto.

1. Informa que en efecto, como lo señala la demandante el jardín infantil Piloto del INEM venía prestando los servicios de prejardín y jardín, pero que en virtud de la preceptiva constitucional y legal mencionada sólo le es posible al municipio recibir para el calendario 2006 - 2007 en tal institución, “estudiantes que requieran ingresar al servicio público educativo estatal desde el grado transición, siempre y cuando cumplan cinco (5) años de edad”.

1. Afirma que no tiene razón la demandante al estimar que a su hija se le esté negando el

acceso a la educación por dos razones: (i) por que cuando cumpla con la edad requerida para el grado de transición podrá inscribirse en el jardín infantil Piloto, ó en el establecimiento educativo San José Bethlemitas que también presta este servicio, y se encuentra, al igual que el primero, en el sector en que reside la accionante; y (ii) que la alcaldía de Pasto, a través de la secretaría de educación municipal, con el fin de atender a la población que aún no tiene la edad para acceder al sistema, ha optado por implementar en la sede de la Institución educativa municipal INEM el calendario escolar A que inicia sus actividades académicas en febrero de 2007. (Se destaca)

Del Ministerio de Educación Nacional

Con fecha posterior a la del fallo de tutela, obra intervención del Ministerio de Educación Nacional, en la que se plasma:

1. Que de acuerdo con la normatividad vigente, particularmente con el decreto 1860 de 1994, que reglamentó la Ley 115 de 1994, la educación preescolar que se ofrece a los niños antes de iniciar la educación básica está compuesta por tres (3) grados de los cuales los dos primeros (jardín y prejardín) constituyen una etapa previa a la escolarización obligatoria, que comienza con el tercer grado de preescolar, es decir transición.

1. Que el A.L. No 01 de 2001 creó el sistema general de participaciones de los departamentos, distritos y municipios, para financiar adecuadamente los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de la cobertura. La ley 715 de 2001 desarrolló la reforma constitucional y estableció los criterios para la incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, proceso que debía ser adelantado por la entidad territorial correspondiente.

1. Que el manejo de la educación y la administración de los establecimientos educativos

fueron descentralizados por la Ley 60 de 1993 (derogada por la Ley 715 de 2001). En desarrollo de este proceso el Ministerio de Educación certificó a los departamentos que reunían los requisitos exigidos en la Ley y les hizo entrega del personal docente y administrativo, de los establecimientos educativos y del manejo de los recursos para el pago de los mismos. El municipio de Pasto fue certificado y recibió la administración de los servicios educativos.

1. Que en consecuencia, conforme a esa regulación, al Ministerio de Educación le compete fijar las políticas educativas que deben ser adoptadas en relación con el nivel de preescolar de la educación formal⁹, en tanto que a la entidad territorial le corresponde la prestación directa del servicio, y la administración de los establecimientos educativos.

1. Que conforme a la normatividad aplicable,¹⁰ la ampliación de la educación en el nivel de preescolar es gradual “a partir del cubrimiento del 80% del grado obligatorio de preescolar establecido por la Constitución y al menos el 80% de la educación básica para la población entre seis (6) y quince (15) años”. Y que en la actualidad ninguna entidad territorial ha alcanzado ese 80% establecido en la Ley que permita ir generalizando los otros dos grados. La cobertura bruta alcanzada para el año 2004 en el grado obligatorio del preescolar a nivel nacional fue del 40.5%.

1. Que el Estado a través de otras instituciones ajenas al Ministerio de Educación, prestan el servicio educativo en preescolar, tal como ocurre con el ICBF, a través de los centros de atención integral preescolar, los cuales hacen parte de un sistema nacional de bienestar familiar y tienen el carácter de instituciones de utilidad común.

Del fallo de primera instancia

En decisión de septiembre cinco (5) de dos mil seis (2006), la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño negó la acción de tutela interpuesta al considerar que:

1. En lo que atañe al Ministerio de Educación Nacional “carece de obligación constitucional y legal respecto de la educación de los menores de 5 años porque conforme a la ley 715 de 2001, la obligación de prestarla corre a cargo de los entes territoriales, según su capacidad”. En apoyo de este argumentos cita jurisprudencia del Consejo de Estado.¹¹

1. En cuanto al municipio de Pasto, señaló que conforme a las condiciones establecidas en el artículo 18 de la Ley 115 de 1994¹², y al informe citado por el Ministerio de Educación Nacional, aún no surge para este ente territorial, la obligación de prestar el servicio educativo en los grados de prejardín y jardín del nivel preescolar. Y además, tal como lo ha manifestado el ente territorial demandado, la prestación del servicio reclamado produciría un desfase en el presupuesto municipal que incidiría en la prestación del servicio educativo a otros niños que se encuentran en edad de ingresar a la cobertura educativa. Ello significa que si sus condiciones presupuestales no le permiten ampliar la cobertura del servicio a dichos grados, no puede obligársele a la prestación del servicio demandado por la accionante.

1. Adicionalmente, no puede perderse de vista el hecho de que en el municipio existen otras instituciones públicas que prestan el servicio educativo en los grados de prejardín y jardín en el nivel preescolar, como los hogares de Bienestar Familiar, de donde se infiere que los derechos constitucionales fundamentales invocados en la demanda no quedan desprotegidos.

El fallo no fue impugnado siendo remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

De las pruebas ordenadas en sede de revisión

Con el objeto de contar con mayores elementos de juicio al momento de decidir el asunto de la referencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 – Reglamento Interno de la Corte Constitucional –, mediante auto proferido el veintiocho (28) de marzo de dos mil siete (2007), el magistrado sustanciador ordenó las siguientes pruebas:

“1. Oficiéase al rector de la institución educativa municipal “Mariano Ospina Rodríguez”, INEM – Jardín Infantil Piloto – a fin de que Informe a la Corte Constitucional sobre lo siguiente:

a). Si para el calendario escolar 2006 – 2007 se abrió proceso de preinscripción de niños y niñas en edades de tres (3) y cuatro (4) años para cursar los grados de prejardín y jardín en esa institución.

b). En caso afirmativo, si en tal proceso participó la menor María José Rodríguez Arturo, nacida el 17 de octubre de 2002.

c). Si para el calendario escolar 2006 – 2007 esa Institución contaba con los docentes, los cupos, y en general con la infraestructura necesaria para recibir a los niños y niñas en edades inferiores a cinco (5) años que solicitaban ingreso para los cursos de prejardín y jardín. Lo anterior teniendo en cuenta que se trataba de un servicio que esa Institución venía prestando desde el año 2002.

2. Oficiéase a la Alcaldía Municipal – Secretaría de Educación Municipal – de Pasto – a fin de que informe a esta Corporación si con el propósito de atender a la población infantil que aún no ha cumplido la edad de cinco (5) años, se ha implementado en el Jardín Infantil Piloto adscrito a la Institución Educativa Municipal “Mariano Ospina Rodríguez” INEM, el calendario escolar “A” para el período académico 2007 – 2008, tal como fue anunciado al Tribunal Administrativo de Nariño, por parte del apoderado de esa dependencia, mediante escrito de agosto 30 de 2006, dentro del trámite de la acción de tutela 2006- 1652, que cursó en la mencionada Corporación.

Respuesta de las entidades requeridas

A través de comunicación de marzo 30 de 2007, suscrita por el rector y la coordinadora de preescolar del INEM de Pasto , se informó a la Corte lo siguiente:

1. Que la señora Johanna del Carmen Arturo Ordóñez, solicitó oportunamente cupo para su hija María José Rodríguez Arturo para el período académico 2006-2007 en el nivel de preescolar. Sin embargo la Institución no efectuó las preinscripciones formales para niños y niñas en edades de tres y cuatro años para cursar los grados de prejardín y jardín, en

acatamiento a la resolución 1515 de 2003 del Ministerio de Educación Nacional, dirigida a la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, en la cual se enuncia la restricción al acceso de esos grados de nivel preescolar.

1. Que el Jardín Infantil Piloto INEM, cumple con todos los requisitos exigidos por la Ley General de Educación para prestar el servicio en el nivel preescolar. El espacio físico tiene 18 salones con dotación específica para preescolar y su capacidad es de 30 niñ@s por salón. Así mismo dispone del personal docente, administrativo y de servicios generales para atender eficientemente las necesidades educativas de los menores. El jardín funciona con transferencias económicas de la nación.

1. Que el proyecto Educativo Institucional del Jardín Infantil Piloto INEM, contempla explícitamente programas específicos en lo pedagógico y lo curricular para la formación integral de niños y niñas entre tres y seis años de edad. Además cuenta con programas complementarios tales como familias gestoras de paz, inclusión social, integración de niños y niñas en situación de discapacidad, entre otros.

1. Que desde 1973 el Jardín Infantil Piloto viene prestando el servicio de educación preescolar en el departamento a niños y niñas a partir de los cuatro (4) años de edad. Posteriormente, con el decreto 2247 de 1997, y hasta el año lectivo 2006 – 2007, viene atendiendo los grados prejardín (3 años de edad); jardín (4 años de edad) y transición (5 años de edad) en este nivel educativo. En la actualidad el preescolar INEM atiende una población de 650 niños y niñas entre los tres y los seis años de edad, de los cuales 48 corresponden a niños y niñas en situación de discapacidad. Casi la totalidad de la población infantil atendida pertenece a contextos socio familiares de pobreza y extrema pobreza.

De la Secretaría de Educación Municipal

La Secretaria de Educación Municipal de Pasto (e), informó a la Corte que la Institución Mariano Ospina Rodríguez INEM, inició actividades escolares en el calendario A en el mes de

febrero de 2007 para el presente año lectivo. La niña María José Rodríguez Arturo se encuentra matriculada en la Sede 3 Joaquín María Pérez, de la Institución Educativa Mariano Ospina Rodríguez en grado - 1 - Jardín en calendario B.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del quince (15) de diciembre de dos mil seis (2006), expedido por la Sala de Selección Número tres de esta Corporación, que decidió seleccionar el presente asunto para su revisión.

Problema jurídico

2. La demandante considera que la decisión de las autoridades municipales de Pasto de no permitir la preinscripción para el período académico 2006 - 2007 de los niños y niñas de 3 y 4 (entre ellos su hija) para los grados de prejardín y jardín, en el Jardín Infantil Piloto del INEM "Mariano Ospina Rodríguez", vulneró los derechos fundamentales de su hija María José Rodríguez Arturo a la educación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

El Ministerio de Educación estima que luego del A.L. No. 01/2001 y la Ley 715 de 2001, a través de los cuales se estableció el sistema general de participación de los departamentos, los distritos y los municipios, para financiar los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, corresponde a los entes territoriales atender la cobertura y prestación directa del servicio de educación a la población escolar, según las circunstancias y condiciones de cada región, en tanto que el Ministerio del ramo se limita a fijar las políticas educativas que deben ser adoptadas en relación con los grados de preescolar.

La alcaldía de Pasto por su parte estima que no se encuentra obligada a la prestación del servicio reclamado por la accionante, debido a que no existe mandato constitucional o legal que se lo imponga, en tanto que existen otras instituciones encargadas de su prestación. Adicionalmente, si el municipio matricula a niños o niñas con una edad inferior a la establecida para la educación formal obligatoria (5 años), la nación no asume los costos por

su educación, causando con ello un desface al presupuesto municipal.

Vistos los antecedentes, corresponde a la Sala determinar, si la negativa de las autoridades municipales de Pasto a preinscribir a la hija de la accionante para el grado de jardín en la institución piloto “Mariano Ospina Rodríguez”, vulneró sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Para resolver esta cuestión la Corte reiterará su jurisprudencia sobre el derecho a la educación básica, pública obligatoria y gratuita; se detendrá en el desarrollo legislativo del derecho a la educación en el nivel preescolar; se referirá a algunos casos análogos en los que la Corte se ha pronunciado sobre problemas similares y se pronunciará sobre el caso concreto.

El derecho fundamental de los niños a la educación y su desarrollo progresivo

3. Establece el artículo 67 de la Carta, que la educación es un derecho fundamental y un servicio público, cuya finalidad es lograr el acceso de todas las personas al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura, y formar a todos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, entre otros, en tanto que el artículo 44 ibídem, prevé que es un derecho fundamental de los niños que prevalece sobre los derechos de los demás.

Ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, con apoyo en doctrina autorizada, que como derecho y como servicio público “la educación comprende cuatro dimensiones de contenido prestacional¹³: (i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas¹⁴ e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras¹⁵; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico¹⁶; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos¹⁷ y que se garantice continuidad en la prestación del servicio¹⁸, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse¹⁹”²⁰.

4. En cuanto al valor que le imprime al desarrollo individual y social, ha destacado también que la educación (i) es una herramienta necesaria para hacer efectivo el mandato de igualdad del artículo 13 superior, en tanto potencia la igualdad de oportunidades²¹; (ii) es un instrumento que permite la proyección social del ser humano y la realización de otros de sus demás derechos fundamentales²²; (iii) es un elemento dignificador de las personas²³; (iv) es un factor esencial para el desarrollo humano, social y económico²⁴; (v) es un instrumento para la construcción de equidad social²⁵, y (vi) es una herramienta para el desarrollo de la comunidad, entre otras características.

5. En lo que atañe específicamente a las condiciones de acceso a la educación, el inciso tercero del artículo 67 superior dispone que la educación será obligatoria “(...) entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. (Destaca la Sala).

Este aparte del precepto superior ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación, al plantearse los siguientes interrogantes: (i) desde qué edad la educación es obligatoria? y (ii) cuáles son los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar?

En relación con la primera cuestión, la Corte ha sostenido que una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 ibídem y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, lleva a concluir que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años.²⁶

Lo anterior, por cuanto, de una parte, el artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños, y conforme al artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño²⁷ – ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991- la niñez se extiende hasta los 18 años²⁸, y de otra por que según el principio de interpretación pro infans –contenido también en el artículo 44-, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños.

En este orden de ideas, ha precisado esta Corporación: (i) que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44 ibídem, es sólo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado²⁹; (ii) que el umbral de 15 años previsto en la disposición aludida corresponde solamente a la edad en la que normalmente los estudiantes culminan el

noveno grado de educación básica, pero no es un criterio que restrinja el derecho a la educación de los menores de edad, pues de afirmar lo contrario, se excluirían injustificadamente del sistema educativo menores que por algún percance -de salud, de tipo económico, etc.- no pudieron terminar su educación básica al cumplir dicha edad³⁰, y (iii) que las edades fijadas en la norma aludida no puede tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos.³¹

Respecto de la segunda cuestión, esto es los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar, la Corte ha afirmado lo siguiente: (i) que los grados previstos en el inciso 3° del artículo 67 de la Carta -un grado de educación preescolar y nueve años de educación básica- constituyen el contenido mínimo del derecho que el Estado debe garantizar, y (ii) que como se trata de un contenido mínimo, el Estado debe ampliarlo progresivamente, es decir, debe extender la cobertura del sistema educativo a nuevos grados de preescolar, secundaria y educación superior.³²

6. Con respecto a la progresividad con la que debe ir ampliándose la cobertura del sistema educativo, esta Corporación, siguiendo el derecho internacional de los derechos humanos, ha establecido unas pautas en materia de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general.

En este orden de ideas, la Corte ha señalado ³³ que el mandato de progresividad de estos derechos no puede entenderse como una justificación para la inactividad del Estado, sino que implica la obligación de éste de actuar lo más expedita y eficazmente posible a fin de ampliar la satisfacción de los mismos³⁴. Ello siempre y cuando se respete por lo menos el contenido mínimo de aquellos, el cual es de exigibilidad inmediata. Tal contenido se deduce, por ejemplo, de los tratados internacionales y de la Constitución.³⁵

7. Así mismo, ha precisado que una vez se amplía el nivel de satisfacción de uno de estos derechos, la libertad de desarrollo del mismo por parte del legislador y de las demás autoridades públicas -incluyendo las autoridades de las entidades territoriales- se ve mermada, pues todo retroceso respecto de ese nivel se presume inconstitucional. Las medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en consecuencia, están sometidas a un control de constitucionalidad estricto, y deben ser justificadas plenamente por las autoridades “(...) por referencia a la totalidad de los derechos

previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que se disponga”³⁶.

De tal manera que, una vez el legislador o las autoridades administrativas han ampliado el nivel de satisfacción de un derecho económico, social y cultural como la educación, se encuentran limitadas para adoptar medidas regresivas. Si éstas se llegaren a adoptar, se presumen inconstitucionales y deben ser justificadas plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que se disponga³⁷.

El desarrollo legislativo del derecho a la educación en el nivel preescolar

8. De conformidad con el artículo 15 de la Ley 115 de 1994³⁸ la educación preescolar es aquella “(...) ofrecida al niño para su desarrollo integral en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socio-afectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización pedagógicas y recreativas”, antes de iniciar el ciclo de educación básica. Ésta comprende tres niveles de formación denominados prejardín, jardín y transición, de los cuales por lo menos uno es de carácter obligatorio.³⁹

Su importancia ha sido destacada por esta Corporación al señalar que “la educación preescolar (i) cobra especial relevancia para el desarrollo de las capacidades e integración social de los niños, especialmente, los prepara socio-afectivamente para enfrentarse a la nueva experiencia del ciclo básico; (ii) amplía la capacidad aprendizaje y de desempeño de los menores en el sistema educativo y, en este orden de ideas, disminuye el riesgo de repetición de grados e incrementa los niveles de conclusión del ciclo básico de educación; (iii) les proporciona una influencia protectora que compensa los riesgos a los que están expuestos antes de ingresar al primero elemental; (iv) tratándose de niños pertenecientes a los sectores más pobres de la población, contribuye a romper la reproducción intergeneracional de la pobreza, entre otros beneficios. Lo anterior, por cuanto en los primeros años de infancia los niños desarrollan habilidades tan importantes como la regulación emocional, el lenguaje y la motricidad 40”.⁴¹

El artículo 67 de la Constitución reconoce la importancia de este nivel de educación al señalar que, como mínimo, el Estado debe garantizar un año de educación preescolar,

mandato que es desarrollado por el artículo 11 de la Ley 115 de 1994, según el cual la educación formal comprende por lo menos un año de educación preescolar, y por el artículo 17 ibídem, que dispone que la educación preescolar comprende, como mínimo, un grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales, para niños menores de 6 años de edad.

9. Como se puede advertir, estas disposiciones prevén que el contenido “mínimo” del derecho de los niños en materia de educación preescolar comprende la garantía de, al menos un año de educación en dicho nivel, en los establecimientos de educación estatales. Esto significa que el contenido del derecho debe ir ampliándose progresivamente hasta alcanzar una cobertura de tres grados: prejardín, jardín y transición, como lo prevén las normas que a continuación se reseñan:

El artículo 3° del Decreto 2247 de 1997 establece:

“Artículo 3°. Los establecimientos educativos, estatales y privados que presten el servicio público de educación preescolar, deberán hacerlo, progresivamente, en los tres grados establecidos en el artículo 2° de este decreto, y en el caso de los estatales, lo harán, atendiendo lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de esta misma norma”.

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 115 de 1994 dispone:

Para tal efecto se tendrá en cuenta que la ampliación de la educación preescolar debe ser gradual a partir del cubrimiento del ochenta por ciento (80%) del grado obligatorio de preescolar establecido por la Constitución y al menos del ochenta por ciento (80%) de la educación básica para la población entre seis (6) y quince (15) años”.

Finalmente, el artículo 20 del Decreto 2247 de 1997 señala lo siguiente:

“Artículo 20. Las instituciones educativas estatales que estén en condiciones de ofrecer además del Grado de Transición, los grados de Pre-Jardín y Jardín, podrán hacerlo, siempre y cuando cuenten con la correspondiente autorización oficial y su implantación se realice de conformidad con lo dispuesto en el correspondiente plan de desarrollo educativo territorial.

Para este efecto, se requiere que el municipio, en el que se encuentre ubicado el establecimiento educativo, haya satisfecho los porcentajes de que trata el inciso segundo del

artículo 18 de la Ley 115 de 1994”.

Así las cosas, existe una obligación en cabeza del Estado de ampliar gradualmente la cobertura del sistema educativo, primero, al grado de preescolar que antecede el ingreso a la educación básica -transición- y, posteriormente, a los grados de prejardín y jardín.

10. Cabe destacar que sobre el sistema de prioridades establecido por el legislador para el desarrollo progresivo de la educación preescolar ha estimado la Corte que:

“(E)l tema debe ser analizado en su contexto, es decir, a la luz del derecho de todos los menores (...) a acceder a los mínimos de educación que la Constitución y la ley les han garantizado al fijar prioridades de asignación de recursos escasos. En primer lugar, como se ha dicho, la Constitución dispone que el Estado debe ofrecer, como mínimo, un grado de preescolar, que es el grado de transición. La legislación ha generado la posibilidad de ampliar esta obligación del Estado, siempre y cuando se cumpla antes con la condición de cubrir al 80% de los niños de cinco años con ese grado de preescolar obligatorio y al 80% de los niños entre los seis y los quince años de edad con la educación básica.

“Como se advierte, la política educativa trazada por el Estado colombiano ha establecido un camino gradual para cubrir los niveles inferiores del preescolar. Primero debe satisfacerse un porcentaje de la obligación constitucional del Estado de brindar el grado de transición y los nueve años de educación básica (80%). Solamente después de cumplir con este requisito se puede pasar a ofrecer los cursos de prejardín y jardín. Es decir, hasta que se cumplan estas condiciones no se permite que las entidades territoriales utilicen los recursos del Sistema General de Participaciones para programar cursos de prejardín y jardín.”

“Con esta fijación de prioridades, mediante una ley adoptada por el Congreso de la República, se busca obtener que se cumpla con los niveles de educación que están contemplados como obligatorios en la Constitución. A través de la regulación mencionada – en la cual el Estado colombiano mediante un procedimiento democrático fijó unas prioridades en la ley, que no en un acto administrativo – se está avanzando progresivamente en el cumplimiento de la norma constitucional. Por lo tanto, no puede decirse que es arbitraria o caprichosa la decisión de imponer la edad mínima de cinco años como criterio para la admisión en establecimientos educativos financiados por el Sistema General de Participaciones. Esa edad es precisamente la que se ha fijado como condición para entrar al

grado de transición, el grado de preescolar que es obligatorio de acuerdo con el artículo 67 de la Constitución.⁴² De otro lado, no le corresponde a la Corte en sede de tutela juzgar la constitucionalidad del requisito del 80% de cobertura en los niveles educativos que el Legislador consideró prioritarios.

Mal podría el juez de tutela entrar a fijar otras prioridades en la asignación de los recursos públicos para la educación, cuando precisamente la política pública está dirigida a satisfacer las exigencias constitucionales y fue definida por el propio Congreso de la República, mediante leyes que se encuentran vigentes y cuya constitucionalidad se presume”⁴³.

Desde esta perspectiva, se puede concluir que, de manera general, no se le puede exigir a las autoridades municipales, o departamentales en su caso⁴⁴; la admisión de menores de cinco (5) años en programas de preescolar, en los niveles de prejardín y jardín, financiados por el Sistema General de Participaciones, dado que las prioridades establecidas por la normatividad no son arbitrarias ni caprichosas, sino que apuntan a darle cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano en materia de educación.

Sin embargo como se explicará más adelante, atendiendo las especificidades de cada caso, en algunas ocasiones esta Corporación ha tutelado derechos de niños o niñas a quienes se les ha negado la permanencia en el sistema de preescolar (jardín o prejardín) al que ya habían accedido, por violación del principio de confianza, o en cuanto se ha considerado que la medida resulta regresiva atendidos los antecedentes históricos sobre la ampliación de cobertura en el ente territorial correspondiente.⁴⁵

11. Ahora bien, en lo que respecta a las entidades encargadas de garantizar este servicio, así como su ampliación progresiva, la normativa vigente establece lo siguiente:

El artículo 4º de la Ley 115 de 1994, siguiendo el artículo 67 superior, al referirse a la calidad y a la cobertura de la educación, anota que es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales prestar el servicio. En tanto que el parágrafo del artículo 6 del Decreto 1860 de 1994 establece que la atención educativa al menor de 6 años debe ser especialmente apoyada por la Nación y por las entidades territoriales.

De otro lado, el numeral 1º del artículo 7 de la Ley 715 de 2001⁴⁶-, prevé que corresponde a

los distritos y municipios:

“Dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.”

Esta misma función corresponde a los departamentos tratándose de municipios no certificados, conforme al artículo 6.2.1 ibídem.

11. En relación con la fuente de los recursos destinados a financiar la prestación del servicio de educación en los municipios y distritos, es preciso mencionar las siguientes disposiciones:

El artículo 356 superior señala que con los recursos del Sistema General de Participaciones, los municipios, departamentos y distritos deben financiar los servicios a su cargo, dando prioridad a la prestación de los servicios de salud y educación en los niveles preescolar, primaria, secundaria y media, y la ampliación de la cobertura de los mismos.

De otro lado, como ya se refirió, la Ley 715 de 2001 -que desarrolla este precepto constitucional- asignó a los municipios y distritos la prestación del servicio de educación. Para el efecto, en el artículo 15 ibídem se precisó que éste sería financiado con un porcentaje de los recursos del Sistema General de Participaciones -participación para educación-. En adición, los municipios y distritos deben destinar recursos propios para el efecto.

Lo anterior permite concluir que la prestación del servicio de educación preescolar a los niños menores de 6 años, así como su ampliación progresiva a los tres niveles previstos por el Decreto 2247 de 1997, corresponde a los municipios y distritos o, en su defecto, a los departamentos tratándose de municipios no certificados, con cargo a la participación de educación del Sistema General de Participaciones y a los recursos propios que la respectiva entidad territorial destine para el efecto.

Algunos antecedentes jurisprudenciales relevantes

En las diversas oportunidades en que la Corte se ha pronunciado sobre asunto relativos al acceso o a la permanencia en el sistema de educación preescolar, ha evaluado la configuración fáctica de cada caso para determinar si es procedente ordenar que el niño sea

recibido en el grado de preescolar correspondiente, a pesar de no cumplir con la edad mínima requerida.

12. Así por ejemplo, en la sentencia T-787 de 2006 se tomaron en consideración dos elementos fácticos determinantes: (i) De una parte, que la institución educativa demandada llevó a cabo un proceso de preinscripción para la asignación de cupos para el año lectivo 2005-2006, proceso en el que participó el menor accionante; y (ii) de otra que, luego de haber ampliado la cobertura de la prestación del servicio de educación preescolar, la Secretaría de Educación del Municipio resolvió suspender la financiación del mismo a niños menores de 5 años, razón por la cual la institución educativa no pudo asignar los cupos en comento.

En esta oportunidad, la Corte consideró que en ese marco fáctico las autoridades municipales vulneraron el principio de confianza legítima del menor pues al permitirle participar en el proceso de preinscripción le creó la expectativa de ingreso al sistema escolar, para luego privarlo de ella sin justificación aparente.⁴⁷ Por esta misma vía, consideró la Corte que la entidad demandada vulneró también el derecho a la educación del menor en su faceta de acceso, ya que le impidió vincularse al sistema educativo y beneficiarse del servicio que desde el año 2002 venía prestándose en dicha institución, razón por la cual la Sala concedió la tutela, al calificar la medida como regresiva, con lo cual se vulneraba el derecho del niño en cuyo nombre se instauró la acción de tutela. ⁴⁸

13. En la Sentencia T-943 de 2004,⁴⁹ en la que se decidió sobre el caso de un menor que no había sido recibido en transición porque le faltaban cinco días para cumplir los cinco años de edad, se explicitaron distintos argumentos que militan a favor de la necesidad de hacer cumplir el límite de edad⁵⁰. Sin embargo, en la misma sentencia se anotó que en casos específicos puede ser procedente ordenar la admisión en el grado de transición de un niño que está cercano a los cinco años de edad, de acuerdo con la ponderación que arroje el juicio de los elementos que configuran el caso:

“Con fundamento en los criterios expuestos, esta Sala concluye, que para poder adoptarse una decisión definitiva al respecto, se debe realizar una ponderación de los hechos y circunstancias que rodean el caso en particular y en el que por lo demás, se debe tener presente una serie de factores entre los cuales se destacan:

“-Las condiciones socioeconómicas de los menores de edad afectados con la decisión de negarles el cupo.

“- El daño que podría traer al menor rechazado la interrupción de los estudios ya iniciados.

“-El impacto que la decisión de ordenar la inclusión de un nuevo alumno tendría frente a la institución educativa por las limitaciones que obviamente surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura que las instituciones ofrecen.

“-La afectación que en caso de ordenarse la asignación de un cupo a través de la acción de tutela, podría ocasionar respecto de otros menores que encontrándose en condiciones más favorables que el tutelante podrían verse perjudicados con la inclusión de un menor que aunque próximo a cumplir con los requisitos exigidos, los desplaza.”⁵¹

14. Los anteriores criterios fueron aplicados en la sentencia T-671 de 2006⁵² que resolvió varias acciones de tutela instauradas por padres de familia, cuyos hijos no habían sido matriculados en el preescolar, pese a haber sido admitidos como asistentes. La Corte encontró que varios de los niños estaban muy próximos a cumplir los cinco años de edad y dispuso, entonces, que para estos casos debían considerarse diversos factores para determinar si se ordena el ingreso de los niños al grado de transición, aunque no hayan cumplido la edad requerida. Los criterios que debían atenderse para la decisión fueron: (i) si el niño se encuentra próximo a cumplir los cinco años de edad; (ii) si existen cupos libres dentro del grado de transición que presta la correspondiente institución educativa, de manera que el ingreso del niño al preescolar no vaya en desmedro de otros infantes que sí cumplen con el requisito de la edad; y (iii) si los representantes de los menores no cuentan con los recursos económicos necesarios para ofrecer una educación privada a sus hijos.

15. En la sentencia T-938 de 2006⁵³, se estudió el caso de algunos niños del municipio de Ocaña (Norte de Santander) en cuyo nombre se instauraron las acciones de tutela. Los menores fueron matriculados e iniciaron el año lectivo en los grados de prejardín y jardín para los cuales cumplían requisitos, teniendo en cuenta la determinación de las autoridades municipales de abrir esos niveles. La matrícula no se hizo para el grado de transición, para el cual no cumplían la edad exigida, sino para los grados inferiores de preescolar. A pesar de que la admisión y el ingreso de los menores se adelantó siguiendo las directrices municipales, los cursos fueron cerrados abruptamente, por cuanto su apertura incumplía la

normatividad nacional según el Ministerio del ramo.

Consideró la Corte en esa oportunidad que la supresión de los cursos configuró una vulneración del principio de la confianza legítima y la violación del derecho de los niños a la continuidad en la prestación del servicio de educación, lo cual trascendía en afectación de su desarrollo integral. Los padres de los niños matricularon de buena fe a sus hijos en la institución educativa, confiando en la decisión de la administración municipal de abrir los cursos de prejardín y jardín. A su vez, la decisión de la administración al observar que se incumplían las normas nacionales fue proceder a cerrar intempestivamente los grados mencionados, con lo cual se interrumpió la prestación del servicio de educación.

Indicó la Corte que “Una interpretación pro infans de la ley conduce a la conclusión de que en estas situaciones solamente puede recurrirse a esta medida como ultima ratio, luego de haber buscado alternativas menos drásticas para con los niños – es decir, más respetuosas de sus derechos y expectativas –, como sería la de que los cursos fueran pagados con recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales”.

Sin embargo aclaró la Corte que “el uso de los recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales para atender los cursos de prejardín y jardín solamente puede ser excepcional. Desde la perspectiva de los tratados internacionales de derechos humanos y de la Constitución Política, es necesario que las prioridades fijadas en las leyes sobre educación sean obedecidas tanto por las autoridades nacionales como por las departamentales y municipales. Es decir, las obligaciones derivadas de los tratados internacionales y de la Constitución Política no recaen únicamente en el nivel nacional, sino también en los niveles departamentales y locales. Por lo tanto, lo indicado es que las entidades territoriales destinen sus recursos propios o de libre destinación para cumplir, en primer lugar, con las obligaciones que les señalan la Constitución Política y los tratados de derechos humanos, las cuales han sido desarrolladas por la ley. Así, los recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales que se hayan de invertir en ampliar la cobertura de educación deben aplicarse, en primera instancia, para cumplir las metas nacionales en materia educativa fijadas en una ley nacional, mientras el propio legislador no disponga algo diferente⁵⁴”.

16. Así la cosas, según la más reciente jurisprudencia de esta Corte en la materia⁵⁵ las normas nacionales que fijan las prioridades en el gasto público educativo y determinan que

los recursos del Sistema General de Participaciones deben utilizarse con miras a cumplir con esas prioridades han de ser acatadas por todas las autoridades, sin importar su nivel territorial. Y en es marco corresponde al Ministerio de Educación Nacional tomar las medidas necesarias para hacer cumplir esa normatividad.

En ese orden de ideas ha señalado que en el ámbito de la ampliación de la cobertura de educación, la asignación de recursos propios o de libre destinación por parte de las entidades territoriales para fines diferentes al cumplimiento de las prioridades educativas fijadas en la ley, ha de ser excepcional y justificada por argumentos constitucionales suficientes.

17. En los casos en que la Corte ha tutelado los derechos de niños o niñas al acceso a un nivel con cobertura ampliada (prejardín, jardín, o transición cuando no cumplen aún con el límite de edad), es decir por fuera de las prioridades educativas fijadas en la ley, la decisión ha tenido en cuenta las especificidades de cada caso, para justificar con argumentos constitucionales suficientes esa situación excepcional . Así ha ponderado los hechos y las circunstancias del caso particular y una serie de factores tales como las condiciones socioeconómicas de los menores de edad afectados con la decisión de negarles el cupo; su proximidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la correspondiente entidad territorial; el daño que podría traer al menor rechazado la interrupción de los estudios ya iniciados; el impacto que la decisión de ordenar la inclusión de un nuevo alumno tendría frente a la institución educativa por las limitaciones que obviamente surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura que las instituciones ofrecen; la afectación que en caso de ordenarse la asignación de un cupo a través de la acción de tutela, podría ocasionar respecto de otros menores que encontrándose en condiciones más favorables que el tutelante podrían verse perjudicados con la inclusión de un menor que aunque próximo a cumplir con los requisitos exigidos, los desplaza⁵⁶; la violación del principio de confianza legítima por la supresión abrupta de los cursos ya iniciados o por no haberse respetado el proceso de preinscripción⁵⁷, la afectación del desarrollo integral de los niños por la falta de continuidad en la prestación del servicio⁵⁸; el carácter regresivo de la medida⁵⁹ .

Con base en los anteriores parámetros, corresponde establecer si en el presente caso concurren argumentos constitucionales suficientes que justifiquen la ampliación excepcional, en el caso concreto, de la cobertura del servicio educativo de preescolar a ámbitos distintos a las prioridades previstas en la Ley.

El caso en concreto.

18. En el caso bajo examen, la menor María José Rodríguez Arturo, nacida el 19 de noviembre de 2002 (tiene en la actualidad 4 años y cinco (5) meses), no fue preinscrita para el nivel de Jardín en la Institución Educativa Municipal “Mariano Ospina Rodríguez” – Jardín Infantil Piloto INEM de Pasto, como consecuencia de las directrices impartidas por el Ministerio de Educación Nacional a través de la Resolución No.1515 de 2003 sobre la edad mínima para el ingreso al preescolar en el grado obligatorio (transición), y de las explicaciones ofrecidas por las autoridades municipales acerca de la imposibilidad de cancelar el valor de la nómina y demás gastos de funcionamiento con recursos propios.

Para la madre de María José tal proceder de las autoridades nacionales y locales se traduce en la vulneración de los derechos fundamentales de acceso a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, de su hija.

Pues bien, se encuentra acreditado en el expediente, mediante comunicación remitida por el Rector y la Coordinadora de la I.E.M “Mariano Ospina Rodríguez – Jardín Infantil Piloto INEM, que esta Institución no solamente viene prestando sus servicios desde el año 2002, como lo señala la demanda, sino que desde el año de 1973 ofrece el servicio de educación preescolar en el Departamento, a niños y niñas a partir de los cuatro (4) años de edad (jardín) , el cual fue ampliado en virtud del decreto 2247 de 1997 a niños de tres (3) años (prejardín), cobertura que operó hasta el año lectivo 2006 -2007.

Así mismo, que efectivamente la demandante, en representación de su hija María José solicitó oportunamente cupo en el Jardín Infantil Piloto INEM de Pasto, pero que la inscripción no se formalizó en acatamiento de la resolución No. 1515 de 2003 del Ministerio de Educación Nacional.

También se encuentra acreditado, según la misma comunicación que el Jardín Infantil Piloto INEM, cuenta con espacio físico, dotación específica , capacidad y “dispone del personal docente, administrativo y de servicios generales para atender eficientemente las necesidades educativas de los niñ@s” Así mismo que en la actualidad, en el preescolar INEM se atiende “una población de 650 niños entre los tres y los seis años de edad”, y que (...) casi la totalidad de la población infantil atendida pertenece a contextos socio familiares de pobreza y de extrema pobreza”⁶⁰.

La Sala reitera la jurisprudencia de la Corte en el sentido que las normas nacionales que fijan las prioridades en el gasto público educativo y que determinan que los recursos del Sistema General de Participaciones deben utilizarse con miras a cumplir con esas prioridades, han de ser acatadas por todas las autoridades, sin importar su nivel territorial, y que la ampliación de la cobertura por fuera de esas prioridades debe estar suficientemente justificada en razones constitucionales.

Sin embargo, advierte que las constataciones efectuadas en este proceso le permiten concluir que existen razones constitucionales que justifican de manera suficiente la admisión de la menor María José Rodríguez para el grado prejardín en la Institución a la que aspiraba. Esas razones son: (i) que la Institución Educativa a la que aspiró ingresar la menor venía ofreciendo los niveles de prejardín y jardín desde el año de 1997, siendo suspendidos para el período lectivo 2006 – 2007, lo que significa que aún con posterioridad a la expedición de la directiva ministerial que los limita (Resolución No. 1515 de 2003) se venía ofreciendo el servicio de preescolar con una cobertura ampliada en relación con los mínimos establecidos en la normatividad, lo que permite afirmar la regresividad de la medida⁶¹; (ii) que la misma institución educativa a la que aspiraba la menor informó a la Corte que contaba con la infraestructura física, administrativa, pedagógica y docente para ofrecer el servicio en la cobertura ampliada, lo que implica que el ingreso de la menor no afectará el acceso de otros menores que cumplan con los requisitos de ley; (iii) que la institución informó también que en la actualidad “atiende a una población de 650 niños entre los tres y los seis años de edad” que pertenecen a contextos socio familiares de pobreza y extrema pobreza, de donde se deduce que continúa ofreciendo una cobertura ampliada en el nivel de preescolar, sin que milite justificación alguna para la inadmisión de la menor María José quien en la actualidad cuenta con la edad para el grado de jardín; (iv) que según se informa en la demanda de tutela, la madre de la menor María José Rodríguez no cuenta con los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos de un servicio de educación preescolar privado; (v) la niña se encuentra próxima a cumplir los cinco (5) años de edad⁶².

Las anteriores razones, derivadas de las especificidades del caso, conducirían a la Sala a emitir una orden de tutela en favor de la menor María José Rodríguez, para que fuese admitida en el Jardín Infantil Piloto INEM de la Institución Educativa Municipal Mariano Ospina Pérez, tal como lo solicitó oportunamente su progenitora. Sin embargo, advierte que según información aportada por la Secretaria de Educación del Municipio de Pasto a instancia de la

Corte “la niña María José Rodríguez Arturo se encuentra matriculada en la Sede 3 Joaquín María Pérez, de la Institución Educativa Mariano Ospina Rodríguez en grado – 1, Jardín en Calendario B.”, institución ésta que forma parte de aquella a la que aspiró inicialmente la accionante.

Lo anterior implica que sobre esta acción ha operado el fenómeno de carencia actual de objeto⁶³, en razón a que, durante el transcurso de la acción de tutela, a la menor María José Rodríguez Arturo se le ha permitido el acceso al servicio de educación preescolar en los términos solicitados en la demanda de tutela. En consecuencia la Sala se abstendrá de emitir una orden, por ser actualmente innecesaria y confirmará el fallo objeto de revisión, por las razones expuestas en esta decisión.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de decisión el cinco (5) de septiembre de 2006, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Declarar la carencia actual de objeto, por la razón señalada en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Líbrense por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

AUSENTE EN COMISION

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Esta norma establece los criterios generales para la asignación de cupos escolares entre los cuales están: “Asegurar que la edad mínima para ingresar al grado de transición sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”.

2 Se refiere al artículo 2º del Decreto 2247 de 1997 que establece: “La prestación del servicio público educativo del nivel preescolar se ofrecerá a los educando de tres (3) a cinco (5) años de edad y comprenderá tres (3) grados así:

1. Prejardín dirigido a educandos de tres (3) años de edad
2. Jardín, dirigido a educandos de cuatro (4) años de edad
3. Transición, dirigido a educando de cinco (5) años de edad y que comprende al grado obligatorio constitucional”.

Cita también el artículo 17 de la Ley 115 de 1994 que establece que “En los municipios donde la cobertura del nivel de educación preescolar no sea total, se generalizará el grado de preescolar en todas las instituciones educativas estatales que tengan primer grado de básica en un plazo de cinco (5) años contados a partir de la vigencia de la presente ley, sin perjuicio de los grados existentes en las instituciones educativas que ofrezcan más de un grado de preescolar”.

3 Cita decisión del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta,

sentencia de tutela de febrero 21 de 2005, C.P., Filemón Jiménez Ochoa. Menciona decisión de esa misma Corporación de mayo 13 de 2004, C.P., Darío Quiñones Pinilla.

4 Atribuye tal estudio al Dr. Levine.

5 Art. 67. “El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco (5) y los quince (15) años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”.

6 Art. 3ª : “Criterios generales para la asignación de cupos escolares. Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, al definir los criterios de asignación de cupos y matrículas en su jurisdicción, tendrán en cuenta como mínimo, los siguientes criterios, sin perjuicio de los criterios adicionales que respondan a las necesidades y particularidades de cada región: (...) c. Asegurar que la edad mínima para ingresar al grado de transición sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”.

7 Ley General de Educación.

8 Modificó los artículos 356 y 357 de la Constitución Política.

9 Estas directrices están contenidas en los Decretos 1860 de 1994 – reglamentario de la Ley 115 de 1994-; 2247 de 1997 “por el cual se establecen normas relativas a la prestación del servicio educativo del nivel preescolar”; y en la resolución 1515 de julio 3 de 2003 “por la cual se establecen las directrices, criterios, procedimientos, y cronograma para la organización del proceso e asignación de cupos y matrículas para los niveles de preescolar, básica y media”.

10 Arts. 17 y 18 de la Ley General de Educación, y 2º del Decreto 2247 de 1997.

11 Consejo de Estado, Rad. 01352, fallo de tutela de noviembre 17 de 2005, M.P., María Inés Ortiz Barbosa., en la cual se declaró que la obligación de prestar el servicio educativo de preescolar radica en el municipio de Pasto y no en el Ministerio de Educación Nacional, por lo que se desvinculó a esta entidad de los procesos respectivos. Así mismo la sentencia de noviembre 10 de 2005 de esa Corporación proferida por la Sección Segunda – Subsección “B”, M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

12 Art. 18. “El nivel de educación preescolar de tres grados se generalizará en instituciones educativas del Estado o en las instituciones que establezcan programas para la prestación de este servicio, de acuerdo con la programación que determinen las entidades territoriales en sus respectivos planes de desarrollo”.

14 Ver al respecto el inciso primero del artículo 68 superior.

15 En este sentido, el inciso 5 del artículo 67 de la Constitución indica que el Estado debe garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso.

16 En relación con la accesibilidad desde el punto de vista económico, cabe mencionar el inciso 4 del artículo 67 de la Constitución, según el cual la educación debe ser gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

17 Al respecto, debe destacarse el inciso 5 del artículo 68 de la Constitución, de conformidad con el cual los grupos étnicos tienen derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural. Así mismo, el inciso 6 ibídem señala la obligación del Estado de brindar educación especializada a las personas con algún tipo de discapacidad y a aquellos con capacidades excepcionales.

18 El inciso 5 del artículo 67 superior expresamente señala que el Estado debe garantizar a los menores su permanencia en el sistema educativo.

19 Al respecto, el inciso 5 del artículo 67 de la Carta dispone que el Estado debe regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación, con el fin de velar por su calidad y la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos. Por su parte, el inciso 3° del artículo 68 ibídem establece que la enseñanza debe estar a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica.

20 Sentencia T-787 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

21 Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

22 Sentencia T-534 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.

23 Sentencia T-672 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara.

24 Sentencia C-170 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25 Sentencia C-170 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

26 Ver en este sentido las sentencias T-324 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; ratificado en la T- 787 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 El texto del artículo es el siguiente: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”

28 Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia la Corte abordó el caso de una menor de edad a la que se negó un cupo en un colegio del municipio de Medellín, por haber superado la edad de 15 años. La Corporación reconoció que la accionante gozaba de un derecho fundamental a recibir educación básica y media hasta que cumpliera los 18 años de edad. No obstante, no concedió la tutela debido a que la menor había solicitado extemporáneamente su matrícula.

29 Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

30 Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

31 Sentencia T-323 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

32 En esta sentencia la Corte abordó el caso de un menor de 5 años, a quien no le fue permitido el ingreso a clases en el jardín infantil en el que se encontraba matriculado, debido a que su madre adeudaba tres quincenas de pensión. Por esta razón, la madre, en representación del menor, interpuso acción de tutela contra el jardín. El jardín aducía que el argumento de la imposibilidad de suspender la prestación del servicio de educación cuando hay mora en las mensualidades, sólo era oponible en el caso de niños de 5 años en adelante, que son a quienes protege la Constitución en esta materia. El amparo fue negado en única instancia porque el juez consideró que la Constitución sólo prevé como obligatorio un año de educación preescolar, este es, transición, y sólo para niños de 5 años en adelante. Así las cosas, estimó que el derecho invocado no era un derecho fundamental del menor. La

Corporación concedió la tutela, ya que estimó que no era admisible la interpretación del juez de instancia, según la cual, de conformidad con el Decreto 2247 de 1997, sólo es obligatorio el grado de transición. A juicio de la Corte, (i) dicha interpretación transformaba en rígido un criterio que la propia Carta establecía como flexible, y (ii) el Presidente de la República no puede, mediante un decreto reglamentario, limitar garantías constitucionales como la objeto del pronunciamiento.

33 Ver al respecto las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-671 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, y T-1318 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T- 787 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

34 En este sentido, el inciso 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) indica lo siguiente:

“1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –intérprete autorizado del PIDESC-, en su Observación General No. 3, ha precisado que una de las obligaciones de los estados parte de exigibilidad inmediata que derivan de dicho artículo es la de “adoptar medidas”, “(...) compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración”.

35 En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica en su Observación General No. 3: “(...) el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”.

36 Cfr. Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

37 Cfr. Sentencia T-787 de 2006, MP, Marco Gerardo Monroy Cabra..

38 “Por la cual se expide la ley general de educación”.

39 El artículo 6 del Decreto 1860 de 1994 -Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales- dispone que la educación preescolar se debe ofrecer a los niños antes de iniciar la educación básica y está compuesta por tres grados, de los cuales los dos primeros constituyen una etapa previa a la escolarización obligatoria y el tercero es el grado obligatorio. De otro lado, el artículo 2° del Decreto 2247 de 1997 prevé que el servicio público educativo del nivel preescolar comprende 3 grados: (i) Prejardín, dirigido a educandos de 3 años de edad; (ii) jardín, dirigido a educandos de 4 años de edad, y (iii) transición, dirigido a educandos de 5 años de edad.

40 Así, por ejemplo, con fundamento en estas consideraciones, la División de Desarrollo Social de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en reciente reunión celebrada en Santiago de Chile, propuso ampliar el segundo Objetivo de Desarrollo del Milenio relativo al derecho a la educación, en el sentido de que para el año 2015, en América Latina se haya universalizado progresivamente el servicio de educación preescolar. Tomado del documento “Hacia la ampliación del segundo objetivo del milenio. Una propuesta para América Latina y el Caribe”, proyecto “Fortaleciendo la capacidad de los países de América Latina y el Caribe para alcanzar los objetivos del milenio”. En:

http://www.eclac.cl/ddc/noticias/paginas/4/26284/Hacia_ampliacion_segundo_objetivo_Milenio.pdf

41 Sentencia T-787 de 2001.

42 En distintas sentencias la Corte ha admitido que es constitucional establecer un requisito de edad para acceder a determinados derechos o a cargos públicos y que este criterio solamente es sospechoso cuando se fija una edad máxima para poder aspirar a esos bienes. Al respecto se indicó en la sentencia C-452 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “Ahora bien, es de observar que la edad sólo se trata como factor sospechoso cuando se está frente a una edad límite máxima toda vez que una vez alcanzada la edad es imposible volver atrás, lo cual hace asimilable el criterio de la edad a los tradicionalmente considerados sospechosos, por su inmodificabilidad. Lo contrario sucede con la fijación de una edad

mínima porque el requisito no es imposible de alcanzar y, a menos que cese la vida, éste será indefectiblemente cumplido; en efecto, todas las personas se encuentran, potencialmente, en condiciones de llegar a la edad exigida.” Entre las sentencias que se han ocupado con el tema de la edad como requisito se encuentran la C-451 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-360 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-108 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-789 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-676 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y T-395 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

44 La prestación del servicio de educación preescolar a los niños menores de 6 años, así como su ampliación progresiva a los tres niveles previstos por el Decreto 2247 de 1997, corresponde a los municipios y distritos o, en su defecto, a los departamentos tratándose de municipios no certificados, con cargo a la participación de educación del Sistema General de Participaciones y a los recursos propios que la respectiva entidad territorial destine para el efecto.

45 T-938 de 2006, T-671 de 2006 y T-767 de 2006.

46 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

47 En este sentido, la Sala considera pertinente traer a colación los argumentos expuestos en la sentencia T-1318 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que la Corte también encontró que un municipio había vulnerado la confianza legítima de un tutelante en materia de garantía de un derecho económico, social y cultural –la vivienda-, por la adopción de una medida regresiva que variaba las condiciones de acceso a un proyecto de vivienda previamente definidas por la Administración:

“Entonces, también desde la perspectiva del principio de confianza legítima es reprochable el cambio intempestivo de las condiciones previamente definidas por la Administración para la satisfacción de derechos prestacionales, y a ésta en todo caso le corresponde la carga argumentativa de justificar el cambio intempestivo de las reglas de juego inicialmente acordadas.”

48 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En la sentencia se concluyó que la Secretaría de Educación respectiva había vulnerado el derecho del niño a la educación y el principio de la confianza legítima. Por eso se concedió el amparo impetrado. Sin embargo, dado que ya había transcurrido algún tiempo desde la ocurrencia de los hechos, que el año lectivo ya estaba muy avanzado – en septiembre – y que el niño se encontraba a dos meses de cumplir los cinco años de edad se determinó que ya no tenía sentido ordenarle al municipio que le garantizara el acceso a pre jardín, sino que se debía permitirle asistir al grado de transición y asegurarle su vinculación para el año 2007.

49 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

50 Se dijo en esa oportunidad “(...) de admitirse de manera general que todos los menores que están muy cerca o próximos de cumplir con el requisito de la edad deban ser admitidos siempre, se vulneraría el derecho a la igualdad de aquellos que en principio ostentan un mejor derecho al cumplir con los requisitos fijados por la administración para acceder a los cupos, frente a aquellos que estando más o menos cerca o próximos a tener la edad requerida, no los cumplen a cabalidad precisamente por razón de esa circunstancia.(..)”-De igual manera se estima que en el hipotético caso que se dijera que todos los menores que se encuentren próximos a cumplir con el requisito deban ser admitidos, se atentaría contra la calidad de la educación, por cuanto la programación y planeación de la entidad territorial se verían afectadas, lo que iría a la larga en detrimento de los propios educandos. Aparte de lo anterior, debe tenerse presente que una forma de garantizar el debido proceso es precisamente el de establecer unos límites previos donde se determinen de manera anticipada las reglas de juego que han de aplicarse por parte de las autoridades educativas para definir el ingreso de sus alumnos al correspondiente plantel educativo y respecto de los cuales la Corte en principio, no puede ni debe inmiscuirse, salvo claro está el caso en el que al analizar el asunto en particular, se encuentre que efectivamente en ese evento se presentó una vulneración de un derecho fundamental, lo que inmediatamente torna procedente la tutela.”

51 Sentencia T-943 de 2004.

52 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

53 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

54 Sentencia T-938 de 2006

55 Ib..

56 Sentencia T-943 de 2004.

57 T-787 de 2006 y T938 de 2006

58 T- 943 de 2004 y T-671 de 2006

59 T-787 de 2006.

60 Comunicación de marzo 30 de 2007 de las directivas del I.E.M. Mariano Ospina Rodríguez”.

61 En el mismo sentido T.787 de 2006.

62 T- 943 de 2004 y T-671 de 2006.

63 Sobre el hecho superado esta Corporación, al interpretar el contenido y alcance del artículo 86 de la Constitución Política, en forma reiterada ha señalado que el objetivo de la acción de tutela se circunscribe a la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la ley. Así las cosas, se tiene que el propósito de la tutela, como lo establece el mencionado artículo, es que el Juez Constitucional, de manera expedita, administre justicia en el caso concreto, profiriendo las órdenes que considere pertinentes a la autoridad pública o al particular que con sus acciones han amenazado o vulnerado derechos fundamentales y procurar así la defensa actual y cierta de los mismos. No obstante, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser como mecanismo más apropiado y expedito de protección judicial, por cuanto a que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inocua, y por consiguiente contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción. Entre otras las sentencias T-167 de 1997; T-552 de 2023; T-608 de 2002; T-308 de 2003; T-904 de 2005; T-602 de 2006.

