

Sentencia T-523/16

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que puede presentarse a partir de dos eventos que a su vez sugieren consecuencias distintas: hecho superado y daño consumado

TEMERIDAD-Configuración

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la temeridad se configura al concurrir los siguientes elementos: (i) identidad de hechos; (ii) identidad de demandante, ya sea que actúe directamente o por medio de representante; (iii) identidad de sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción.

TEMERIDAD-Inexistencia por no concurrir identidad de partes

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales

DERECHO A LA EDUCACION-Disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad

DERECHO A LA EDUCACION-Formación integral de calidad

La legislación nacional ha trazado diferentes criterios para asegurar que la educación sea de calidad, los cuales hacen referencia a la organización de la planta docente, la vigilancia de los colegios, teniendo en cuenta que su evaluación debe reconocer las desigualdades existentes y actuar para asegurar la equidad. Además, la principal herramienta de evaluación son las pruebas de Estado.

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional y en los tratados y convenios internacionales

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Obligación de garantizar acceso a la educación en aulas regulares de estudio

La educación inclusiva es una apuesta por reconocer la diversidad y la dignidad humana, a través de un modelo en el que concurren en el aula personas con diferentes capacidades

para acceder a ciertos conocimientos y potenciar sus habilidades. Se fundamenta en que todas las personas deben compartir los mismos espacios y no pueden ser apartadas en razón de determinadas características que tradicionalmente han sido catalogadas como limitaciones para recibir la misma educación. La educación inclusiva reconoce las diferencias entre todas las personas y destaca la igualdad que debe prevalecer en la sociedad. Se aparta de la diferenciación de normalidad y anormalidad, que se constituía en una categorización para juzgar y aislar a un grupo y restringirle desde el comienzo de la vida, sus derechos.

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-
Orden al Ministerio de Educación crear un método de evaluación de planteles educativos, que tenga en cuenta los logros de algunas instituciones frente al proceso de enseñanza de las personas en situación de discapacidad

Referencia: Expediente T-5.533.598.

Acción de tutela instaurada por Margarita María Atehortúa Ortega contra el Ministerio de Educación -Dirección de Cobertura y Equidad-.

Asunto: Educación inclusiva para niños y niñas en situación de discapacidad y evaluación de calidad de las instituciones.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, y por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Aquiles Arrieta Gómez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En revisión de la providencia del 29 de enero de 2016, de la Sala de Decisión Civil del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que negó la tutela promovida por la señora Margarita María Atehortúa Ortega contra el Ministerio de Educación.

El expediente llegó a esta Corporación por la remisión que hizo el despacho que conoció la acción de amparo en segunda instancia, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 inciso 2° de la Constitución y 31 del Decreto 2591 de 1991. El 27 de mayo de 2016, la Sala de Selección N° 5 de esta Corporación lo escogió para su revisión.

I. ANTECEDENTES

La señora Margarita María Atehortúa Ortega, en calidad de “agente oficioso” de su hijo menor de edad y los estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y del Gimnasio Campestre El Tesoro, del municipio de Envigado, presentó acción de tutela contra la Dirección de Cobertura y Equidad del Ministerio de Educación para solicitar la protección de los derechos a la educación, a la dignidad, a la integridad personal y al bienestar de sus representados.

Manifestó que desde el año 2003 un grupo de alumnos de dichas instituciones ha recibido un subsidio por “servicios educativos regulares con enfoque inclusivo a niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales y excepcionales”[1]. Sin embargo, la Secretaría de Educación del municipio de Envigado le informó a los acudientes de los estudiantes que, de acuerdo con el Decreto 1851 de 2015, que establece los requisitos exigidos a las entidades territoriales para contratar el servicio de educación con instituciones no oficiales, los colegios no cumplían con los percentiles mínimos en las pruebas de Estado SABER, para ser habilitados en el Banco de Oferentes y contratar con el municipio. En consecuencia, a los niños inscritos en los colegios privados contratados por el Estado, les serían asignados cupos en colegios públicos que contaran con apoyos pedagógicos para atender sus necesidades individuales.

La peticionaria solicita una (i) calificación percentil justa para los colegios de educación especial y que (ii) “se adelanten las gestiones administrativas para alcanzar la ampliación del proyecto de cobertura de deficiencia educativa (...) dado a la necesidad de educación especial que requieren”[2].

1. Hechos y solicitud de protección

1. La señora Margarita María Atehortúa Ortega es la madre del niño Sebastián Rendón Atehortúa, quien tiene un trastorno del lenguaje mixto y trastorno de déficit de atención e hiperactividad secundario.

2. Afirmó que desde 2003, su hijo y otros menores de edad asisten al Colegio Integrado Los Laureles y al Gimnasio Campestre El Tesoro, ubicados en el municipio de Envigado, Antioquia, en donde reciben un servicio de educación regular con enfoque “inclusivo” a niños, niñas y adolescentes con necesidades educativas especiales y excepcionales.

3. Relató que el 18 de noviembre de 2015, la Secretaría de Educación del municipio de Envigado le informó a un grupo de representantes de los estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y del Gimnasio Campestre El Tesoro que las instituciones educativas no cumplían con los requisitos legales para contratar el servicio educativo con la entidad territorial.

Las autoridades municipales manifestaron que el Decreto 1851 de 2015 estableció los requisitos que debían reunir las instituciones educativas no oficiales para ser contratadas por la entidad territorial. Uno de ellos indaga por la calidad del colegio y exige tener un puntaje superior al percentil 20 en las pruebas de Estado SABER. Verificado dicho puntaje, la institución es habilitada en el Banco de Oferentes para, posteriormente, contratar con el municipio.

Adujo que les explicaron que los subsidios que recibían algunos de los estudiantes se otorgaban con participación del presupuesto nacional y municipal, pero debido a que las instituciones no alcanzaron la calificación mínima en las pruebas de Estado SABER para contratar con ellas, y a que el municipio de Envigado contaba con cobertura para garantizar la educación de los menores de edad a través de otras instituciones oficiales, se retirarían los beneficios y se asignarían cupos escolares a los niños en instituciones públicas.

También sostuvo que el Ministerio de Educación aportaba el 50% del dinero para entregar los subsidios educativos, sin embargo, esa autoridad no haría más el aporte. Manifestó que la administración municipal continuaría con la entrega del 50% del dinero que aportaba, sin embargo, este monto ya no sería suficiente para cubrir todos los gastos. Por lo tanto, si antes se beneficiaban a 180 personas, ahora sólo podrían apoyar a 90. En ese sentido,

relata la accionante que los representantes del municipio propusieron que el dinero del municipio se destinara a los 90 estudiantes con mayor necesidad. Los otros 90 estudiantes serían ubicados en colegios “sin especialización en educación especial para esta clase de comunidad estudiantil”[3].

4. El 20 de noviembre del mismo año, un grupo de acudientes de los estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y el Gimnasio Campestre El Tesoro presentaron una petición a la Alcaldía de Envigado y al Concejo Municipal para solicitar una calificación percentil justa y que “se adelanten las gestiones administrativas para alcanzar la ampliación del proyecto de cobertura de deficiencia educativa”[4]. Lo anterior, porque consideraban que los requisitos establecidos en el Decreto 1851 de 2015 no permiten indagar sobre las calidades de los colegios para niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales[5].

5. El 15 de enero de 2016, la señora Margarita María Atehortúa, en calidad de “agente oficioso” de su hijo menor de edad y de otros 104 niños[6] matriculados en el Colegio Integrado Los Laureles y el Gimnasio Campestre El Tesoro presentó acción de tutela contra el Ministerio de Educación y la Dirección de Cobertura y Equidad del Ministerio, por considerar que su actuación vulneró los derechos fundamentales a la educación, a la salud, a la vida, a la dignidad, y a los otros que se pudieran ver involucrados.

La tutelante cuestionó el sistema de calificación aplicado a las instituciones en las que estudiaban los menores de edad. Destacó que su comunidad estudiantil estaba conformada por “jóvenes y niños con trastorno generalizado del desarrollo (sic) espectro autista, parálisis corporal, discapacidad limítrofe, TDHA (combinado, trastorno de ansiedad, memoria de trabajo lento, trastorno negativista desafiante, tics, trastorno del ánimo, trastorno de conducta, trastorno del sueño, trastorno cognitivo y memoria a corto plazo, déficit de atención), retardo mental”[7], entre otros. En consecuencia, consideró que la forma de evaluar la calidad de estas instituciones debía tener un parámetro diferente.

Destacó que los subsidios que recibían los 180 estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y el Gimnasio Campestre El Tesoro hacen parte de un proyecto que durante los últimos 10 años ha sido un apoyo para las familias que no tienen recursos económicos para pagar “colegios especializados en el manejo digno y respetuoso de estudiantes que

necesitan de una situación especial de aprendizaje”[8]. Señaló que las instituciones tienen recursos educativos que atienden las diferencias, las potencialidades y las limitaciones de sus estudiantes. Igualmente, aseguró que la reubicación en otros colegios podría ser un retroceso en el proceso de los niños, niñas y adolescentes y advirtió que algunos estudiantes han sido rechazados por los profesores y estudiantes de otros colegios.

La peticionaria sostuvo que si se efectúa el recorte presupuestal en la entrega de subsidios, se enviaría a los niños a la calle o a otras instituciones en las que no se van a sentir en su propio ambiente, y serían aislados debido a sus necesidades educativas especiales. Adujo que “aunque mucho se ha luchado en Colombia por la Inclusión (sic) poco o nada se ha logrado”[9].

En consecuencia, solicitó que se ordene al Ministerio de Educación- Dirección de Cobertura y Equidad- que “se evalúe mediante una calificación percentil justa y que se adelanten las gestiones administrativas pertinentes para alcanzar la ampliación del proyecto de cobertura de deficiencia educativa que ciento ochenta (180) niños, niñas y jóvenes disfrutan, dado la necesidad de educación especial que requieren, a fin de que se preserve su educación, su dignidad integridad personal y bienestar”[10] (negrilla del original).

2. Actuación procesal

2.1. El 19 de enero de 2016, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín admitió la acción de tutela y requirió a la peticionaria para que acreditara la representación de todos los menores de edad.

2.2. El 25 de enero de 2016, la señora Margarita María Atehortúa Ortega anexó los elementos probatorios que consideró relevantes para tal efecto, a saber, la historia clínica de cada uno de los representados y el documento de identificación de los niños y sus respectivos representantes. Además, anexó un fallo de tutela del 18 de diciembre de 2015, proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Envigado, que resolvió una acción de amparo con idénticos hechos y pretensiones, la única diferencia consistía en que dicha acción se dirigía contra la Secretaría de Educación de Envigado y el Concejo del mismo municipio. En esa ocasión, el Juzgado vinculó a 105 representantes de los niños, niñas y adolescentes matriculados en el Colegio Integrado Los Laureles y el Gimnasio Campestre El Tesoro, relacionados en la tutela, y negó la solicitud de protección porque el

municipio contaba con la infraestructura y las condiciones para brindar una educación inclusiva a los estudiantes afectados por la ausencia del subsidio proveniente del Gobierno Nacional[11].

3. Sentencia de única instancia

El 29 de enero de 2016, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín negó la tutela promovida por la señora Margarita María Atehortua Ortega. Sostuvo que la peticionaria no acreditó la representación de los 104 menores de edad referenciados en la acción de amparo. Únicamente encontró probado que la demandante era agente oficioso del niño Sebastián Rendón Atehortua, quien es su hijo. Por lo tanto, estudió la petición en relación con aquel.

En cuanto a la pretensión de la acción, consideró que no existía vulneración de derechos porque de acuerdo con la contestación del Ministerio de Educación, en los colegios mencionados por la demandante no se aplica el Decreto 1851 de 2015, pues el Viceministerio de Educación Preescolar, Media y Básica emitió la Circular 066 de 2015 que indica que para contratar instituciones que atiendan a la población con necesidades educativas especiales no es necesario cumplir con algún percentil en las pruebas SABER[12]. En consecuencia, si no alcanzaron un puntaje sobresaliente esto no sería un impedimento para contratarlas.

Adicionalmente, estimó que si su hijo fue ubicado en otro centro educativo, la accionante debía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamar la eventual reparación a la que pudiera tener derecho su hijo como consecuencia de los daños causados por la autoridad pública. También podía hacer uso de la revocatoria del acto administrativo que ordenó el cambio de plantel educativo o podía presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Igualmente, sostuvo que no estaba probada la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable que torne procedente la tutela como mecanismo transitorio.

4. Actuaciones en sede de revisión

4.1. El 18 de julio de 2016, la Sala Quinta de Revisión emitió un auto de pruebas para contar con mayores elementos de juicio al momento de proferir un fallo. Ofició:

4.1.1. A la Secretaría de Educación de Envigado para que informara cómo se garantiza el derecho a la educación del hijo de la accionante, para lo cual debería indicar (i) a cuál institución asistía; (ii) si se mantenía el acceso a la educación en colegios que no cumplen con la calificación superior a 20 percentiles en las pruebas SABER; y (iii) si aplicó el Decreto 1851 de 2015 y/o la Circular 066 de 2015 emitida por el Viceministerio de Educación Preescolar, Media y Básica y en qué condiciones.

4.1.2. Al Colegio Integrado Los Laureles y al Gimnasio Campestre El Tesoro para que informaran qué tipo de servicios educativos ofrecen y si cuentan con algún tipo de servicios específicos para niños con necesidades educativas diferenciadas y en qué consisten.

4.1.3. Al Viceministerio de Educación Preescolar, Básica y Media para que explicara los requisitos que deben reunir las instituciones a las que hace referencia la accionante para contratar con la entidad territorial e indicara cuáles son los planes dispuestos para asegurar la educación de los niños, niñas y adolescentes matriculados en el Colegio Los Laureles y el Gimnasio Campestre El Tesoro. Asimismo, se le solicitó copia de su Circular 006 de 2015.

4.1.4. Al Plan Presidencial para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, al Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes, a la Fundación Saldarriaga Concha, a la Fundación Handicap Internacional, en su calidad de autoridades y organizaciones con experticia en el tema objeto de la tutela para que, si lo consideraban pertinente, emitieran un concepto sobre la educación especial y/o inclusiva para los niños.

Finalmente, la Sala decidió suspender por quince (15) días los términos del proceso de la referencia.

4.2. En respuesta al auto proferido por la Sala, se recibieron las siguientes contestaciones:

4.2.1. El Secretario de Educación y Cultura del municipio de Envigado informó que el niño Sebastián Rendón Atehortúa, hijo de Margarita María Atehortúa, está matriculado en el Colegio Integrado Los Laureles, en el grado tercero de primaria[13].

A su vez, que en la actualidad no ha contratado el servicio educativo con el Colegio porque el Municipio tiene la cobertura suficiente para asegurar la educación de todos los niños y niñas que lo requieren, pues tiene 18.700 plazas y en el año 2015 solo se atendieron 17.000 estudiantes. Por lo tanto, no tenía la necesidad de contratar otras instituciones privadas para asegurar el acceso a la educación.

Señaló que, en virtud del Decreto 1851 de 2015, el Municipio debía asumir la prestación del servicio educativo de aquellas personas que estudiaban en colegios privados bajo el convenio con la entidad territorial. No obstante, en caso de requerir contratar el servicio educativo con otras instituciones, debía exigir una calificación mínima en las Pruebas SABER.

En relación con los colegios a los que hizo referencia la accionante, señaló que aquellos no cumplieron el requisito mínimo de calidad exigido para hacer parte del Banco de Oferentes y contratar con el Municipio. También expuso que hizo varias reuniones con los padres de familia de los estudiantes de los colegios para informarles que asumiría la prestación del servicio educativo en instituciones oficiales “con estrategias de inclusión educativa según lo ordenado por la Norma, los incluiría con alimentación escolar, kits escolares y transporte para aquellos padres de familia que eligieran la institución educativa Las Palmas, con ambiente campestre, para matricular a sus hijos”[14].

Expuso que el Municipio contrató con el Tecnológico de Antioquia para que preste apoyo psicopedagógico a los niños, niñas y jóvenes con necesidades educativas especiales que estudian en los colegios oficiales, que incluye acompañamiento y adecuaciones curriculares de los estudiantes y la comunidad educativa, en general. Señaló también que tiene contratos con la Corporación Colombia de Colores, la Corporación Aula Abierta, la Fundación Dime Colombia y la Fundación El Ágora para implementar estrategias de educación inclusiva para esta población estudiantil, al interior de los colegios públicos.

Finalmente, indicó que la mayoría de los padres de familia decidieron reubicar a sus hijos en colegios oficiales, como la institución educativa Las Palmas. Otras familias contaban con los recursos para asumir los costos educativos, como la de la accionante, por lo tanto, decidieron mantener a sus hijos en el Colegio Integrado Los Laureles o el Gimnasio Campestre El Tesoro, sin subsidio.

4.2.2. La rectora del Colegio Integrado Los Laureles sostuvo que la institución que dirige es de carácter regular e imparte una formación integral a los estudiantes. Sostuvo que atiende una gran población de niños, niñas y adolescentes con trastorno de déficit de atención y con dificultades de aprendizaje. Los grupos de estudiantes son de máximo 15 personas en preescolar y 20 personas en secundaria y media académica. Además, presta orientación a las familias y verifica el diagnóstico neurológico de los estudiantes para establecer estrategias pedagógicas. El personal docente es, en su mayoría, licenciado y tiene capacitaciones para trabajar con estudiantes con necesidades educativas especiales.

Señaló que los alumnos del Colegio reciben educación de conformidad con el mayor nivel posible y explicó que en el aula se manejan cuatro niveles, a saber, (i) nivel de avance, que se aplica al estudiante talento o que no tiene dificultades cognitivas; (ii) nivel de afianzamiento, que hace referencia a quien tiene una capacidad acorde con su edad; (iii) nivel de apoyo, para los estudiantes que deben ser acompañados permanentemente por los docentes; y (iv) plan paralelo, que está diseñado para los estudiantes que tienen “alguna necesidad educativa y tienen la edad cronológica y requieren redirección permanente y un currículo acorde con su desempeño escolar”[15].

Para terminar, manifestó que los resultados en la prueba SABER siempre serán menores a los 20 percentiles que exige el Ministerio de Educación para ser parte del Banco de Oferentes, dado que los estudiantes tienen TADH. Solicitó que se establezcan pruebas que respondan a las necesidades especiales de algunos alumnos que actualmente no son tenidas en cuenta.

4.2.3. El Ministerio de Educación, a través de una asesora jurídica, explicó que la contratación de servicios educativos se realiza únicamente cuando las entidades territoriales no tienen la cobertura suficiente para atender toda la demanda o tienen limitaciones en las mismas. En el caso del municipio de Envigado, en el informe técnico presentado en 2015, se verificó que no existía ni insuficiencia, ni limitaciones para asegurar la educación en debida forma de todos los niños, niñas y adolescentes que la requerían. Por lo tanto, no era necesario contratar instituciones privadas.

Señaló que el Decreto 366 de 2009, incluido en el Decreto 1075 de 2015, estableció la

posibilidad de contratar apoyos pedagógicos requeridos para la prestación del servicio de educación. Asimismo, precisó que este último decreto reglamentó la contratación de instituciones que ofrezcan apoyos pedagógicos y presten el servicio educativo para personas con necesidades educativas, en caso de insuficiencia o limitaciones de la respectiva entidad territorial.

4.2.4. El Presidente del Consejo Nacional de Discapacidad de la Presidencia de la República presentó intervención en la que resaltó que en virtud de los derechos de los niños, las autoridades deben ofrecer las opciones para que los menores de edad cuenten con “todas las alternativas para que puedan desarrollarse en condiciones de igualdad dentro del aula de clase regular”[16]. También resaltó que “se están destinando recursos para la educación de las personas con discapacidad, en niños cuyo diagnóstico se aleja de tal definición”[17].

Sobre el derecho a la educación de los niños con discapacidad señaló que su protección implica que se deben tener en cuenta sus competencias para que los menores de edad reciban apoyo y logren estar en igualdad de condiciones con niños del aula. En ese sentido sostuvo que de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la educación debe ser regular y las instituciones deben hacer ajustes razonables y acciones afirmativas. Para ello, es indispensable contar con docentes idóneos y el apoyo necesario, sean directos o indirectos. Los currículos deben ser inclusivos dado que éste debe adaptarse al alumno, no el alumno a él.

Sobre las características de los estudiantes a los que hace referencia la accionante, sostuvo que con apoyo en el Sistema integrado de Matrículas - SIMAT- que define las categorías de discapacidad, capacidades y talentos, es relevante advertir que “los diagnósticos de algunos de los niños que buscan amparo de tutela no constituyen una discapacidad y en ese sentido, sería importante verificar que los recursos para la discapacidad no sean entregados de manera incorrecta, así garantizar mayor cobertura a los sujetos para los que fueron destinados los recursos para la inclusión en educación”[18].

En relación con el caso concreto, manifestó que es necesario garantizar la educación inclusiva y la falta de dinero no puede ser una justificación para negar los programas que la desarrollen. La educación debe dignificar y brindar a los niños con discapacidad las mismas

oportunidades que tienen los demás.

4.2.5. El Programa de Acción por la Igualdad y la inclusión Social (PAIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes presentó un escrito sobre el caso en el término otorgado por la Sala.

Expuso los referentes constitucionales del derecho a la educación de personas con discapacidad en la Constitución. Indicó también que el artículo 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad establece el derecho a la educación inclusiva, sin discriminación y con igualdad de oportunidades, lo cual implica la no exclusión del sistema regular y la puesta en marcha de ajustes razonables y apoyos que requieran las personas. En ese sentido, señaló que el Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha indicado que hay una diferencia entre la educación inclusiva y la integración, en la que la regla general es la primera. Por ello, ha recomendado a los Estados adelantar estrategias para que todos los niños, niñas y adolescentes con discapacidad accedan al sistema de educación inclusiva con perspectiva de género y étnico-lingüística. En la misma dirección, señaló que sentencias como la T-022 de 2009, T-551 de 2011 y T-850 de 2014 han establecido criterios sobre el derecho a la educación de personas con discapacidad.

Sobre los colegios especializados resaltó que “[l]a separación entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad en instituciones de educación regular sigue siendo contrario a los estándares internacionales en materia de educación y de respeto a los derechos de las personas con discapacidad”[19]. En su criterio, tal distinción reproduce el imaginario social sobre la falsa necesidad de educar de forma separada a las personas con discapacidad.

4.2.6. La Fundación Saldarriaga Concha presentó un escrito en el que participó con la exposición de argumentos sobre el derecho a la educación de personas con discapacidad y sugirió algunas soluciones para resolver el caso concreto.

Para empezar, llamó la atención sobre el presupuesto destinado a la educación de personas con discapacidad, señaló que en el Informe Alternativo enviado al Comité de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad presentado por la Fundación Saldarriaga Concha, en 2015 el Gobierno Nacional aportó 40.600 millones de

pesos a las entidades territoriales para gastos de educación inclusiva. Sin embargo, únicamente el 1.34% de los niños matriculados tenían alguna discapacidad.

Explicó que la educación inclusiva se refiere a que “los estudiantes vivan su proceso educativo en contextos regulares en los que participen y actúen con personas con y sin discapacidad”, por ello, el entorno debe adecuarse a los estilos de aprendizaje. La educación integrada supone que el estudiante debe ubicarse en un ambiente rígido, mientras que la educación segregada es aquella en la que las personas son educadas de forma diferenciada según programas diseñados para su discapacidad.

Frente a estas opciones, señaló que la educación debe ser inclusiva y debe cumplir con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad, calidad y adaptabilidad. Además, debe reunir las siguientes características: (i) compromiso del entorno educacional; (ii) enfoque que tenga en cuenta que la persona es el centro del sistema educativo; (iii) papel protagónico de los maestros; (iv) respeto por la diversidad; (v) ambientes de aprendizajes amigables; (vi) alianzas entre comunidad educativa; y (vii) monitoreo constante. Así, señaló que “no hay personas no educables, todas deben poder participar de ambientes flexibles, diversos e incluyentes”[20].

Sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Fundación instó a modificar la regla general que a su juicio subyace de las tutelas falladas, en las que la excepción de educación especial, se ha convertido en la regla general. Invitó a que se “proteja el derecho a la educación inclusiva a todas las personas con discapacidad, sin hacer distinción entre integrables y no integrables”[21].

Finalmente, en relación con el caso concreto, señaló que la sentencia que emita este Tribunal debe vincular a todos los niños y niñas a los que se hizo referencia en la acción de tutela. Además, la Corte debe asegurar la continuidad en la prestación del servicio educativo y que se realice en un entorno regular. En el mismo sentido, los colegios deben continuar con la prestación del servicio, pues el deber de prestar el servicio es diferente al deber de emprender acciones para garantizar el derecho en determinada forma. En cualquier caso, la Fundación considera que debe asegurarse que los menores de edad no reciban una educación segregada.

4.2.7. La Liga Colombiana contra el Autismo también intervino en el proceso de la

referencia. Explicó que la Ley Estatutaria 1618 de 2013 sobre derechos de las personas con discapacidad estableció en el artículo 11 que el Ministerio de Educación Nacional se encargará de definir una política pública sobre el derecho a la educación. Sin embargo, a la fecha, no se ha emitido decreto para cumplir esa disposición. Finalmente, precisó que el Estado debe garantizar el derecho a la educación “en igualdad de condiciones que las demás personas, en acceso, permanecía (sic) y egreso en el sistema educativo, proporcionando los apoyos y ajustes razonables que se requieran”[22].

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Esta Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto bajo revisión y problema jurídico

2. La accionante aduce actuar como “agente oficioso” de su hijo y 104 niños, niñas y jóvenes, estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y del Gimnasio Campestre El Tesoro. Los menores de edad tienen diagnósticos clínicos de capacidad intelectual limítrofe, síndrome de Arnold-Chiari, trastorno con déficit de atención, hiperactividad, trastorno hiperkinético de la conducta, autismo, retardo en el desarrollo cognitivo, síndrome oposicionista desafiante, trastornos de ansiedad, síndrome de Asperger, parálisis cerebral infantil, síndrome epiléptico, dificultades en el aprendizaje, síndrome de dependencia, retraso mental moderado, trastorno del sueño, trastorno del lenguaje o capacidad intelectual superior[23]. Para justificar que actúa en calidad de agente oficioso, la accionante anexa el documento de identificación de los acudientes y los niños y niñas, así como la historia clínica de estos últimos, las cuales, afirma que le fueron entregadas por los representantes de cada estudiante.

Refiere que en noviembre de 2015 la Secretaría de Educación de Envigado reunió a los acudientes de los niños que estudiaban en el Colegio Integrado Los Laureles y en el Gimnasio Campestre El Tesoro con subsidio del Estado, para informarles que las instituciones no cumplían con un requisito de calidad para hacer parte del Banco de

Oferentes y que el municipio pudiese contratar con ellos el servicio de educación. De acuerdo con el Decreto 1851 de 2015, los planteles debían tener una calificación superior a 20 percentiles en las pruebas SABER, sin embargo, no la alcanzaban. Relató también la accionante que, por esa razón y dado que el municipio de Envigado tenía suficiente cobertura, la Secretaría adujo que el Gobierno Nacional no entregaría los subsidios y que ella sí continuaría con la destinación de recursos, pero solo sería suficiente para el 50% de los niños que eran beneficiados. Los demás menores de edad serían ubicados en otros colegios públicos y contarían con apoyos pedagógicos para su desarrollo integral en igualdad de condiciones.

A través de la acción de tutela, la peticionaria manifestó que los niños que representa han sido rechazados en otras instituciones educativas por parte de los docentes y los estudiantes, por lo tanto, se debe garantizar la continuidad de sus estudios en estos centros académicos que los han recibido en debida forma, donde han tenido un desarrollo progresivo. En ese sentido, solicitó que “se evalúe mediante una calificación percentil justa y que se adelanten las gestiones administrativas pertinentes para alcanzar la ampliación del proyecto de cobertura de deficiencia educativa que ciento ochenta (180) niños, niñas y jóvenes disfrutan, dado la necesidad de educación especial que requieren, a fin de que se preserve su educación, su dignidad integridad personal y bienestar”[24]

3. En el curso del proceso se conoció de un fallo de tutela del 18 de diciembre de 2015, proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Envigado, que resolvió una tutela con idénticos hechos y pretensiones, la única diferencia consistía en que dicha acción se dirigía contra la Secretaría de Educación de Envigado y el Concejo del mismo municipio. En esa ocasión, se vinculó a 105 representantes de los niños, niñas y adolescentes y se negó la solicitud de amparo porque el municipio contaba con la infraestructura y las condiciones para brindar una educación inclusiva a los estudiantes afectados por la ausencia del subsidio[25].

4. En única instancia, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín negó la tutela promovida por la señora Margarita María Atehortúa Ortega. Solamente encontró probado que la demandante actuaba como agente oficioso del niño Sebastián Rendón Atehortúa, quien es su hijo, y determinó que no existía vulneración de derechos porque de acuerdo con la contestación del Ministerio de Educación, en los colegios

mencionados por la demandante no se aplica el Decreto 1851 de 2015, de conformidad con lo expuesto por la Circular 066 de 2015, emitida por el Viceministerio de Educación Preescolar, Media y Básica. Finalmente, sostuvo que si el niño había sido ubicado en otro colegio, podía acudir a las acciones judiciales ordinarias para reclamar, pues a falta de perjuicio irremediable no era procedente la tutela.

5. Una vez la Corte Constitucional asumió el conocimiento del asunto, profirió un auto de pruebas para conocer la situación del hijo de la accionante, las características de los Colegios a los que hacía referencia la peticionaria y las razones de la Secretaría de Educación de Envigado y del Ministerio de Educación para dejar de entregar los subsidios.

La Sala conoció que el niño Sebastián Rendón Atehortúa, hijo de la accionante, estaba matriculado en el Colegio Integrado los Laureles, sin subsidio, por lo que su familia asumía los costos académicos. La Secretaría de Educación de Envigado manifestó que contaba con suficiente cobertura para ubicar a los niños a los que se refería la accionante en los colegios públicos, por lo que muchos de ellos aceptaron trasladarse a estas instituciones. Preciso que contrató con el Tecnológico de Antioquia y varias fundaciones la prestación de apoyos pedagógicos diferenciados que necesitaban los niños al incluirse en las aulas regulares.

En el mismo sentido, se pronunció el Ministerio de Educación, quien sostuvo que el municipio de Envigado no demostró insuficiente cobertura o limitaciones para prestar el servicio de educación. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 715 de 2001, no era necesario contratar el servicio de educación con instituciones privadas. En caso de que fuera necesario, debía contratar los servicios de apoyo pedagógico. Además, precisó que la Circular 066 de 2015 establece que en caso de insuficiencia en la cobertura del municipio, la contratación podrá hacerse bajo las reglas del Estatuto General de Contratación Pública.

Finalmente, el Colegio Integrado Los Laureles explicó que es una institución educativa regular, que presta atención a niños con trastorno de déficit de atención con o sin hiperactividad -TDAH-. Cuentan con 128 alumnos y en cada grado hay 20 estudiantes, excepto en preescolar y básica primaria, donde el grupo está conformado por 15. Señaló que la gran mayoría de las personas del plantel tienen TDAH y los resultados en las pruebas SABER siempre serán menores frente al promedio de otras instituciones, por lo tanto,

consideró que deberían existir criterios de evaluación diferenciados.

Ahora bien, antes de continuar, es oportuno precisar que esta tutela está dirigida a analizar la política pública para niños y niñas en situación de discapacidad del Ministerio de Educación, pues así se enfoca la pretensión de la misma. Además, porque la protección relativa al acceso a una institución educativa por parte del hijo de la peticionaria, ya fue discutida y decidida en una acción de amparo previa. Por lo tanto, el objeto de la presente sentencia no se orienta a resolver puntualmente si la Secretaría de Educación municipal debía garantizar la matrícula del hijo de la peticionaria en determinado centro educativo donde cursaba sus estudios, sino que su problema jurídico se circunscribe alrededor de la política pública diseñada por el Ministerio, que adopta lineamientos sobre cuáles deben ser los colegios para los menores de edad en situación de discapacidad y cuál es la forma de evaluación de los planteles, que sea respetuosa del derecho a la igualdad y a la educación del hijo de la accionante.

La posible existencia de un hecho superado en el caso concreto

7. Frente a la posible existencia de un hecho superado, la Sala debe tener en cuenta que de acuerdo con la información suministrada por la Secretaría de Educación de Envigado, el hijo de la accionante se encuentra matriculado en el Colegio Integrado Los Laureles, sin subsidio, por lo que se presume que su familia asume los costos del servicio de educación.

Como ha expuesto esta Corporación[26], la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando al momento de proferirla, se encuentra que la acción u omisión que dio origen a la solicitud de amparo, ha cesado, pues desaparece toda posibilidad de amenaza o vulneración a los derechos fundamentales. En este sentido, cuando hay carencia de objeto la protección pierde sentido y, en consecuencia, el juez constitucional queda imposibilitado para emitir alguna orden dirigida a proteger el derecho fundamental invocado.[27]

En primer lugar, se entiende por hecho superado la situación que se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión eventual ante la Corte Constitucional, se demuestra que las circunstancias fácticas expuestas por el accionante cambiaron y éste ha perdido interés en la satisfacción de su pretensión[28].

En segundo lugar, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando no se repara la vulneración del derecho, sino que, a raíz de su falta de garantía, se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela[29]. En esos casos podría proceder incluso el resarcimiento del daño causado por la violación del derecho fundamental[30].

En el caso concreto, se observa que las circunstancias fácticas cambiaron porque el hijo de la peticionaria antes de la presentación de la acción de tutela iba a ser trasladado a un colegio público y esa situación dio origen a que su madre interpusiera la acción, mientras que en la actualidad, asiste al Colegio Integrado los Laureles, en el que su acudiente pretendía que continuara sus estudios. En ese sentido, es posible sostener que el menor de edad no sufrió ninguna alteración en la continuidad de la prestación del servicio educativo. Si bien la atención que le brinda el Colegio ya no se efectúa en razón de la contratación del municipio, sino de los pagos que hace la familia del niño, la Sala encuentra que esta es una posibilidad que tienen los padres y madres de familia de inscribir a sus hijos en las instituciones educativas de su preferencia, si cuentan con recursos económicos para hacerlo. En consecuencia, si los acudientes del menor de edad optan por determinado plantel privado, no se compromete la responsabilidad de la entidad territorial que brindó un cupo al niño en un centro académico público, pero fue rechazado.

Ahora bien, la Sala considera que aun cuando las circunstancias fácticas del menor de edad se alteraron entre la fecha de la presentación de la tutela y el momento en que la Corte profiere el presente fallo, aún están vigentes las acciones de la entidad accionada que dieron lugar a la acción de amparo que presentó la señora Margarita María Atehortúa Ortega. Por lo tanto, en caso de que modifiquen las condiciones económicas de la familia del hijo de la peticionaria, o en caso de que por alguna razón el niño no pueda continuar de forma privada en la institución a la que asiste, es necesario revisar si la política pública del Ministerio de Educación en relación con la contratación de instituciones educativas para educación especializada amenaza los derechos a la educación y a la igualdad de un menor de edad como Sebastián Rendón Atehortúa.

En consecuencia, no se configura un hecho superado frente a la totalidad de la problemática presentada por la ciudadana demandante, pues las acciones del Ministerio de Educación, que fueron reprochadas en la acción de tutela subsisten y no han sido

modificadas, pues el Decreto 1851 de 2015 continúa vigente y la situación de cobertura educativa del municipio se mantiene. Vale indicar que el análisis se hará entonces desde la posible configuración de una amenaza de los derechos derivada de los lineamientos del Gobierno Nacional y no sobre la violación del derecho a la educación del menor de edad por parte de la Secretaría de Educación de Envigado, como se explicará a continuación.

La importancia de analizar los reparos que eleva la accionante se justifica también a la luz del carácter preventivo de la acción de tutela y del sujeto de especial protección involucrado y los otros menores de edad que pueden estar en condiciones similares frente a los cuales lo discutido y decidido por la Corte puede ser relevante sin desconocer las particularidades de cada caso.

Dicho lo anterior, a continuación se estudiará si la presente acción de amparo reúne los requisitos de procedibilidad para, eventualmente, estudiar de fondo la pretensión de la peticionaria.

La procedibilidad de la acción de tutela

8. Como presupuesto esencial para estudiar de fondo el asunto planteado por la peticionaria, es necesario verificar previamente el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad. Dado el contexto específico del caso, la Sala se pronunciará sobre (i) la posible temeridad, (ii) la legitimación para interponer la tutela, (iii) la inmediatez, y (iv) la subsidiariedad.

8.1. En cuanto a la temeridad[31], de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, ésta se presenta cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la temeridad se configura al concurrir los siguientes elementos: (i) identidad de hechos; (ii) identidad de demandante, ya sea que actúe directamente o por medio de representante; (iii) identidad de sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción[32].

En el caso concreto, se observa que está probado en el proceso que el 18 de diciembre de 2015, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Envigado dictó sentencia en el marco de un proceso de tutela promovido por el señor Sergio Alberto Ortega Echeverri en representación de 104 niños y adolescentes contra la Secretaría de Educación de Envigado y el Concejo Municipal. Además, el despacho vinculó al proceso al Colegio Integrado Los Laureles y al Gimnasio Campestre el Tesoro.

Los hechos de la acción hacían referencia a que los menores de edad eran estudiantes de los colegios mencionados y recibían un subsidio para estudiar en tales instituciones, sin embargo, la Secretaría de Educación del Municipio les informó que los colegios no cumplían con una calificación de 20 percentiles en las pruebas SABER, por lo que el municipio no podría contratar con ellos el servicio de educación. La pretensión era idéntica a la de la tutela de la referencia, a saber, que “se evalúe mediante una calificación percentil justa y que se adelanten las gestiones administrativas pertinentes para alcanzar la ampliación del proyecto de cobertura de deficiencia educativa que ciento ochenta (180) niños, niñas y jóvenes disfrutan, dado la necesidad de educación especial que requieren, a fin de que se preserve su educación, su dignidad integridad personal y bienestar”[33].

El fallo negó la tutela porque encontró que el municipio de Envigado contaba con suficientes planteles educativos para garantizar la educación de todos los niños y niñas. Sostuvo que en virtud de la educación inclusiva, los niños con discapacidad deben asistir a aulas regulares. Por lo tanto, los menores de edad podían acudir a los colegios públicos y éstos últimos debían contratar los apoyos pedagógicos necesarios.

Al respecto, la Sala considera que no se configura temeridad por dos razones. La primera y más notable, porque si bien la tutela hace referencia a los mismos hechos y similares pretensiones, la parte accionada es diferente, por lo tanto no existe identidad en el sujeto demandado. La segunda porque el fallo del Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Envigado se dirigió a la Secretaría de Educación de Envigado, al Concejo Municipal y al Colegio Integrado Los Laureles y el Gimnasio Campestre el Tesoro -los dos últimos vinculados-, mientras que en el presente caso la parte demandada es el Ministerio de Educación. Esta diferencia en la entidad accionada torna en disímiles también las pretensiones, pues la primera tutela estaba enfocada a reclamar el cumplimiento de la entidad territorial en la garantía del servicio de educación, mientras que la segunda, por

estar dirigida contra el Ministerio, cuestiona la orientación de la política pública y sus efectos en el derecho a la educación. Es un cambio que parece sutil, pero que propone otro tipo de análisis.

8.2. Con respecto a la legitimación para interponer la tutela, la Sala encuentra que la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación sostienen que cualquier persona puede agenciar los derechos de un menor de edad.

El artículo 44 de la Carta Política establece que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.” Igualmente, en la sentencia T-708 de 2012, entre muchas otras[34], esta Corporación señaló que los niños, las niñas y los adolescentes “son titulares de una especial protección constitucional, por lo tanto, el requisito de legitimidad cuando se trata proteger sus derechos fundamentales, puede recaer en cualquier persona”[35].

Ahora bien, la Sala desea resaltar que también ha expresado esta Corporación que cualquier persona puede interponer acción de tutela a nombre de un menor de edad, “siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño”[36]. Por lo tanto, es importante que la situación esbozada por el peticionario sugiera una afectación a los derechos de los niños. Asimismo, considera esta Sala que la solicitud de la agencia oficiosa tampoco debe ser contraria al ejercicio mismo de sus derechos a participar en las decisiones que los afectan.

En ese sentido, la Sala considera que los niños que no fueron vinculados al proceso no pueden ser tenidos como agenciados por la señora Margarita María Atehortúa Ortega por dos razones que se complementan.

Primero, porque no se evidencia a primera vista cómo el Ministerio de Educación afecta su derecho a la educación y a la dignidad, cuando la política de la entidad ha permitido la protección de su derecho a la educación bajo la perspectiva de educación inclusiva que ha sido considerada por la Corte Constitucional como aquella que, por regla general, protege de mejor forma los derechos de los niños. En este punto, es importante tener en cuenta que la regla general en la jurisprudencia de esta Corporación es la educación inclusiva, mientras

que la excepción es la educación especializada. Por lo tanto, la solicitud de protección de la peticionaria se dirige a que se brinde una protección diferente a la regla general considerada la mejor forma de proteger los derechos.

Ahora bien, la Sala estima que es posible que los representantes de los menores de edad opten por un modelo específico de educación, como en efecto ocurrió con la peticionaria quien eligió la institución educativa especializada. Pero precisamente por la relevancia de esa libertad para optar por un modelo específico, no es posible que una sola persona, en este caso, la señora Margarita María Atehortúa represente los intereses de un amplio grupo de niños y niñas, para que ellos obtengan un tipo de educación específica, sin que medie la aquiescencia de sus representantes, ni la expresión de su voluntad.

Sobre este asunto, es relevante la sentencia T-087 de 2005[37] que estudió la acción de amparo promovida por el Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, en representación de los niños y niñas menores de seis años residentes en Bogotá, para que ellos accedieran al servicio público de transporte sin pagar el pasaje, entre otros asuntos. En cuanto a la procedibilidad, la Corte consideró que una “acción de tutela puede ser promovida en calidad de agencia oficiosa para la protección de derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional”, más si la presenta un funcionario público para proteger los derechos de menores de edad.

La regla fijada en la anterior sentencia es de gran relevancia para asegurar los derechos de los niños y las niñas. Sin embargo, en el caso concreto no puede hacerse el mismo razonamiento por las particularidades del caso que hoy estudia la Sala. En la providencia citada la petición del Procurador Delegado perseguía que se dictara una orden que iba a ser claramente beneficiosa para asegurar el derecho a la libertad de movimiento de la población infantil en el contexto del servicio público urbano. Pero en el caso de la acción de tutela presentada por la señora Margarita María Atehortúa, la solicitud está dirigida a escoger, entre dos modelos de educación -especializada e inclusiva-. En consecuencia, dado que el presente caso implica elegir entre dos formas diferentes de protección del derecho, una sola persona no puede actuar como agente oficioso de todos los menores de edad en similares circunstancias a las de su hijo, pues no necesariamente el modelo que ella ha escogido es el que prefieran los otros niños y sus representantes.

Segundo y relacionado con lo anterior, frente a la pretensión de la accionante, cobra especial relevancia la participación de los menores de edad y de sus acudientes. Al respecto, no es claro que los padres y las madres de los demás niños y niñas que dice representar la peticionaria, no estén en capacidad de concurrir al proceso para debatir este asunto complejo. Aún cuando el juez de primera instancia de tutela solicitó a la señora Atehortúa demostrar que actuaba en representación de 104 niños, ella únicamente aportó copias de su identificación e historias clínicas y del documento de identificación, así como la identificación de sus representantes. Si bien es posible suponer que tales documentos fueron entregados con la anuencia de los acudientes, la Sala no encuentra demostrada su participación en el proceso para asegurar que ellos coadyuvaron la pretensión de la accionante.

Por lo anterior, la Sala estudiará la acción de tutela únicamente en relación con el menor de edad hijo de la accionante. Estudiará si las acciones u omisiones del Ministerio de Educación violaron o constituyen una amenaza a sus derechos a la educación y a la igualdad.

8.3. En relación con la inmediatez, se tiene que la acción de tutela fue interpuesta el 15 de enero de 2016 y la reunión en la que le informaron a los acudientes que las autoridades no continuarían con la entrega del subsidio fue el 18 de noviembre de 2015. Por lo tanto, transcurrió un mes y 28 días entre la fecha en que los representantes de los niños tuvieron conocimiento del cambio de colegios y la interposición de la acción. A juicio de la Sala, este tiempo es razonable y demuestra la urgencia de protección.

8.4. Frente a la subsidiariedad, se estima que en el caso concreto convergen diferentes asuntos que hacen imperativo que el juez constitucional conozca la problemática descrita por la accionante. La jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos de los niños, las niñas y adolescentes son fundamentales y son exigibles a través de la acción de tutela. De allí que el derecho a la educación pueda ser reclamado a través de la acción de amparo. Además, como lo señaló la sentencia T-974 de 2010[38] su protección es reforzada cuando se trata de menores de edad en situación de discapacidad.

Igualmente, frente a la respuesta de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín que indicó que la accionante podía acudir a la jurisdicción

administrativa para presentar sus inconformidades o reclamar el restablecimiento del derecho si el menor de edad era trasladado de plantel educativo, se considera que, en efecto, la peticionaria puede presentar varias acciones judiciales ante esa instancia. No obstante, la Sala estima que lo que tiene que ver con la protección del derecho a la educación del hijo de la peticionaria, por su carácter de fundamental por las condiciones expuestas, la acción de tutela es procedente. Por lo tanto, se verifica el cumplimiento de este requisito.

Así las cosas, se verifica el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, pues en el caso concreto no se configura temeridad, existe inmediatez y el mecanismo idóneo para solicitar de amparo al derecho a la educación de un menor de edad en situación de discapacidad es la acción de tutela. Por lo tanto, a continuación la Sala identificará cuál es el problema jurídico de fondo.

Problema jurídico de fondo y metodología de resolución

9. Para determinar el problema jurídico de fondo que le corresponde resolver a la Sala es necesario retomar que, como se expuso en el planteamiento jurídico, la presente acción de tutela se dirige a cuestionar las actuaciones del Ministerio de Educación en relación con los lineamientos de políticas públicas adoptados para garantizar el derecho a la educación de personas en situación de discapacidad. En específico, la directriz según la cual los niños y las niñas deben acudir a instituciones educativas inclusivas y la forma de evaluación de los planteles. En ese sentido, en vista de que el asunto que se conoce en esta ocasión no se enfoca en un análisis de la situación particular del hijo de la peticionaria frente a las actuaciones de la Secretaría de Educación municipal o del Colegio en el que estaba matriculado, pues eso fue objeto de una acción de amparo que ya fue resuelta e hizo tránsito a cosa juzgada, el tema objeto de estudio en esta providencia es la política pública de educación para niños y niñas en situación de discapacidad a la luz de los derechos a la educación y a la igualdad del hijo de la accionante.

En consecuencia, el problema jurídico de fondo que se debe abordar consiste en determinar si ¿las acciones y omisiones del Ministerio de Educación, que delinean su política pública, reprochadas por la peticionaria constituyen una amenaza a los derechos a la educación y a la igualdad de su hijo?

En específico, la Sala encuentra que el problema jurídico que corresponde resolver en la acción de tutela se acompasa con la pretensión de la actora quien solicita (i) que se evalúe de forma justa a las instituciones educativas y (ii) se adelanten gestiones administrativas para garantizar la educación especial a los 180 niños que lo requieren. Por lo tanto, al igual que las pretensiones, la Sala debe resolver dos problemas jurídicos.

10. Para abordar el tema de forma más organizada se estudiará primero lo correspondiente a la ampliación de la cobertura para brindar educación especial y después lo relativo al sistema de evaluación de calidad. Lo anterior, porque de acuerdo con la forma como funciona la contratación de los servicios educativos, las entidades territoriales, en primer lugar, deben demostrar insuficiencia o limitaciones en su propios planteles para que sea necesario contratar con instituciones privadas. Una vez demostrada esa ausencia de recursos físicos y personales, se adelantan procesos administrativos para seleccionar entre las instituciones que acrediten calidad y otros requisitos, aquellas que serán contratadas por el municipio. En ese sentido, primero se deberá abordar la problemática relacionada con la cobertura y luego la relacionada con la evaluación de calidad, en caso de que sea necesario contratar colegios privados.

Vale precisar también que en la formulación de su pretensión, la accionante hace referencia a 180 niños, pero solo se estudiará el caso de su hijo, por las razones expuestas previamente en el análisis de la agencia oficiosa. Además, se reitera que los problemas jurídicos se ocuparán de estudiar las acciones del Ministerio y sus lineamientos de política pública frente a los derechos a la educación y a la igualdad, los dos derechos más relevantes que pueden estar comprometidos, sin hacer una evaluación abstracta del contenido de las normas, sino de su repercusión en el ejercicio de los derechos.

11. El primer problema jurídico consiste entonces en determinar si ¿el Ministerio de Educación amenaza los derechos a la educación y a la igualdad del hijo de la accionante al omitir adelantar gestiones que aseguren que los menores de edad como su hijo reciban educación especializada?

12. El segundo problema se ocupa de establecer si ¿el Ministerio de Educación viola o amenaza el derecho a la educación y a la igualdad del hijo del accionante al evaluar la

calidad de los colegios bajo la exigencia de demostrar un puntaje superior a los 20 percentiles en las pruebas SABER?

13. Para resolver los asuntos planteados, a continuación se abordarán los siguientes temas: (i) el derecho a la educación y su componente de calidad; (ii) los referentes normativos del derecho a la educación para personas con discapacidad; (iii) la educación inclusiva, los ajustes razonables y los retos de diálogo y transformación; (iv) la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la educación para personas en situación de discapacidad; y (v) el caso concreto.

El derecho a la educación y su componente de calidad

14. El artículo 67 de la Constitución establece que la educación es un derecho y un servicio público con función social, cuyo desarrollo debe orientarse a formar en el respeto a los derechos humanos, la paz y la democracia a los colombianos. Señala que el Estado, la familia y la sociedad son los responsables de los procesos educativos y que las autoridades estatales deben ejercer su función de inspección y vigilancia para garantizar el acceso, la permanencia en la educación, así como su calidad. Igualmente, establece que las entidades territoriales y la Nación se encargarán de la dirección, financiación y administración de los recursos destinados a la protección de este derecho.

15. La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el derecho a la educación es fundamental y que apunta a lograr el desarrollo humano. En la sentencia T-294 de 2009 esta Corporación manifestó que los fines generales de este derecho son: “(i) el servicio a la comunidad, (ii) la búsqueda del bienestar general, (iii) la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y (iv) el mejoramiento de la calidad de vida de la población”[39].

Esta Corporación también ha indicado que la educación tiene dos dimensiones: es un deber y un servicio público[40]. En ese sentido, de un lado, algunos de sus componentes son exigibles de manera inmediata, a saber, el debido proceso, el principio de igualdad y la garantía de la educación primaria gratuita[41]; y de otro lado, las acciones del Estado están guiadas por los principios de progresividad para ampliar cobertura y aumentar al máximo nivel de educación posible, sin que sean admisibles la inactividad del Estado.

16. Otro referente normativo sobre el derecho a la educación de gran importancia es el artículo 13 del Pacto de Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia e incorporado al ordenamiento constitucional mediante el bloque de constitucionalidad. Este establece que el derecho a la educación “debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad”[42] y determina una serie de obligaciones para los Estados, tales como asegurar la enseñanza primaria obligatoria y asequible, el desarrollo progresivo del sistema escolar [43].

En 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expidió la Recomendación General No. 13 en la que describió de forma más amplia el alcance del derecho a la educación contenido en el Pacto. Preciso que la educación tiene cuatro características, relacionadas entre sí: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

(i) La disponibilidad o asequibilidad del servicio se refiere a garantizar la cantidad suficiente de instituciones educativas para quienes demandan este servicio, así como de programas de enseñanza y las demás condiciones que necesiten los centros educativos. (ii) La accesibilidad implica que las instituciones y programas educativos deben tener las condiciones para todas las personas, sin discriminación, de asegurar la accesibilidad material entendida como el acceso a la educación en una ubicación geográfica razonable o la utilización de tecnología para tener un acercamiento con los contenidos. Además, debe ser accesible económicamente. (iii) La adaptabilidad consiste en que el sistema educativo se adapte a las necesidades específicas de los educandos y sus comunidades para asegurar su permanencia en ese escenario. (iv) La aceptabilidad tiene relación con la “forma y el fondo”[44] de la educación, que implica que “los programas de estudio y los métodos pedagógicos, han de ser aceptables (por ejemplo, pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad)”. Se trata entonces de las norma mínimas en materia de enseñanza.

Esta conceptualización del derecho a la educación, ha sido adoptada por la Corte Constitucional. En varias decisiones, ha concentrado su análisis de tutela en revisar la protección de los elementos del derecho a la educación, a la luz de las características señaladas por el Comité DESC.[45]

17. En relación con el requisito de calidad de la educación, que hace parte del último

aspecto señalado sobre la aceptabilidad, vale señalar que la jurisprudencia constitucional ha dotado de contenido esta obligación. En especial, la sentencia T-743 de 2013[46] analizó su contenido y encontró que, de acuerdo con un Informe del Programa Educación para Todos de la UNESCO, éste tiene una íntima relación con la opinión de cada una de las sociedades sobre la finalidad de la educación[47], pues si se privilegia el desarrollo cognitivo, u otro tipo de habilidades, las metas se trazarán respecto de esos objetivos.

La Corporación resaltó la importancia de reglamentar los estándares de prestación del servicio para verificar si aquellos se cumplen[48]. En especial, subrayó que el artículo 3 de la Ley 1324 de 2009 estipula que los principios rectores de la evaluación de la educación, uno de ellos es la equidad, implica que “[l]a evaluación de la calidad de la educación supone reconocer las desigualdades existentes en los contextos de aprendizaje y asumir un compromiso proactivo por garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a una educación de calidad”.

En la misma decisión, esta Corporación definió algunos de los criterios para evaluar la calidad de la educación, los cuales hacen referencia a los programas de estudio, la organización de la planta docente, y a que en virtud del principio de equidad, se debe reconocer que los contextos de los que provienen los estudiantes son diferentes y se deben implementar medidas para garantizar igualdad de condiciones. Además, en relación con la evaluación, reconoce que éste es un proceso complejo que exige la participación de diferentes autoridades y que la principal herramienta de medición son los exámenes de Estado. Por su relevancia en el caso que le corresponde revisar a la Sala, a continuación se citan cuatro de ellos:

“- La educación es aceptable cuando los programas de estudio y los métodos pedagógicos son pertinentes, adecuados culturalmente, equitativos y de buena calidad. (...)

-La evaluación del proceso educativo (de la eficiencia y la calidad de la enseñanza, el desempeño de los docentes, la eficacia de los recursos, los métodos pedagógicos y las instituciones educativas) es una labor compleja que exige la participación coordinada del gobierno nacional, el Icfes y las entidades territoriales, y que se lleva a cabo, principalmente, mediante la realización de los exámenes de Estado, cuyos resultados son los principales indicadores de la calidad de la educación que se imparte en las instituciones

y los centros educativos públicos del país. Dichos resultados son determinantes para el ejercicio del control y la vigilancia del servicio público educativo y para proporcionar la información que se requiere para el diseño y la implementación de programas de mejoramiento.

(...)

- El principio de equidad al que alude la Ley 1324 de 2009 implica que el Estado, al promover el mejoramiento continuo de la educación, debe considerar que los contextos de aprendizaje son distintos, y asumir, en ese sentido, un compromiso proactivo por garantizar el acceso a una educación de calidad en igualdad de oportunidades. (...)

- La organización de la planta de personal de las instituciones educativas públicas es uno de los factores que contribuye a garantizar la equidad en el acceso a una educación de calidad. De acuerdo con lo establecido en el Decreto 3020 de 2002, que estipula las reglas sobre la materia, la ubicación del personal docente estatal debe realizarse teniendo en cuenta las particularidades de las regiones y sus grupos poblacionales, para aumentar, equitativamente, la cobertura, la calidad y la eficiencia del servicio educativo.” (Negrilla propia).

18. En conclusión, la educación tiene un componente de derecho fundamental, reconocido en la Constitución Política y en instrumentos de derecho internacional de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Su desarrollo ha develado que uno de sus componentes, es la aceptabilidad, que implica calidad. La legislación nacional ha trazado diferentes criterios para asegurar que la educación sea de calidad, los cuales hacen referencia a la organización de la planta docente, la vigilancia de los colegios, teniendo en cuenta que su evaluación debe reconocer las desigualdades existentes y actuar para asegurar la equidad. Además, la principal herramienta de evaluación son las pruebas de Estado.

Los referentes normativos del derecho a la educación para personas en situación de discapacidad en la Constitución Política, en instrumentos internacionales de derechos humanos y en la legislación nacional

19. Son varios los referentes normativos sobre el derecho a la educación de personas en

situación de discapacidad. A continuación se presentarán algunas de las disposiciones jurídicas que deben ser tenidas en cuenta en este asunto a nivel constitucional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia y en la legislación del país.

Mandatos constitucionales

20. A nivel constitucional, el derecho a la educación para personas en situación de discapacidad surge de una serie de mandatos de la Carta Política, que interpretados de manera armónica delinear el contenido del derecho para esta población, así como las obligaciones especiales del Estado al respecto. Además del artículo 67 superior, antes reseñado, son pertinentes para conocer el alcance del derecho, los artículos 13, 44 y 67 de la Constitución:

El artículo 13 Superior establece que todas las personas son iguales, prohíbe la discriminación y señala que es obligación del Estado promover condiciones para asegurar la igualdad real de los grupos tradicionalmente marginados. Precisa que recibirán protección especial quienes se encuentren en debilidad manifiesta en razón de su condición física o mental. De allí que el ejercicio de los derechos de personas en situación de discapacidad debe reflejar el cumplimiento del principio de igualdad, cuya garantía real y efectiva implica un deber estatal de adoptar medidas para eliminar las barreras que suele tener esta población para tener las mismas condiciones de otros grupos.

El artículo 44 de la Carta constituye una guía de interpretación para la garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes. La citada norma establece los derechos fundamentales de los niños e indica que éstos prevalecen sobre los de los demás. En relación con las obligaciones frente a esta población, sostiene que “[l]a familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

De otra parte, el artículo 68 de la Carta dispone que la comunidad educativa participará en las instituciones y que los padres de familia podrán elegir el sistema de formación para sus hijos. Finalmente, señala que la “educación de personas con limitaciones físicas o mentales” son obligaciones especiales del Estado.

Así las cosas, en virtud del carácter indivisible de los derechos, la garantía de educación para las personas en situación de discapacidad implica por la prohibición de no discriminación y obligaciones concretas del Estado para proteger a los niños y niñas en situación de discapacidad por ser una población de especial protección.

Instrumentos internacionales de derechos humanos

21. Algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos son imprescindibles para comprender las obligaciones del Estado en la protección del derecho a la educación de personas en situación de discapacidad, a saber, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la educación y que ésta buscará el desarrollo de la personalidad humana[49].

El artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales -PIDESC- reconoce el derecho a la educación y enfatiza que su objeto es garantizar la realización de la personalidad humana y su dignidad, a favor de la participación, tolerancia y amistad entre naciones, además, indica que la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible, y la secundaria debe ser accesible y de forma progresiva se debe convertir en gratuita[50].

El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce su derecho a la educación y establece una serie de deberes del Estado para asegurar que este derecho se ejerza en igualdad de oportunidades. Uno de ellos consiste en implantar la enseñanza primaria gratuita y obligatoria. El artículo 29 del mismo instrumento dispone que la educación debe direccionarse a desarrollar la personalidad y la capacidad mental de los estudiantes y a prepararlos para una vida responsable en sociedad, bajo postulados de paz, tolerancia e igualdad, entre otros asuntos[51].

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

contra Personas con Discapacidad establece una serie de medidas que deben adoptar los Estados firmantes para eliminar progresivamente la discriminación y “propiciar su plena integración en la sociedad”, en diferentes ámbitos, tales como la educación, la vivienda, la recreación, el transporte y el empleo, entre muchos otros.

22. El artículo 24 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en 2006 establece que los Estados deben asegurar el acceso a un sistema de educación inclusivo para las personas en situación de discapacidad. A continuación, se citan algunas de las obligaciones del Estado, por su relevancia en el caso concreto:

“a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;

b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;

c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.” (Negrilla propia).

De la anterior norma se destaca que la situación de discapacidad no puede ser tomada como un fundamento para excluir a una persona del sistema educativo general. La enseñanza debe ser prestada con calidad, en un escenario de igualdad respecto de los demás estudiantes. A su vez, las autoridades deben adelantar acciones específicas para abordar esas necesidades individuales, denominados ajustes razonables. Además, el Estado debe desplegar una conducta para apoyar en lo necesario a los estudiantes a fin de que se desarrollen plenamente, de forma inclusiva, en el ámbito académico y social.

23. En el estudio temático sobre el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, promulgado en 2013, se explicaron algunos componentes de la educación inclusiva. En ese análisis, se sostuvo que el sistema educativo inclusivo debe garantizarse en condiciones de calidad, pues no es posible que adoptar este modelo sea una justificación para disminuir el nivel académico. En el informe se puntualizó que la eficacia y la eficiencia son elementos claves para verificar la calidad, así “[l]a educación debe ser eficaz en su traducción del derecho a una educación de calidad en prácticas efectivas, y eficiente en su reconocimiento y respeto de los esfuerzos que realizan los estudiantes, y no solo de los resultados” [52].

Igualmente, en relación con la evaluación de la calidad sostuvo que los métodos deben ser igualmente inclusivos, literalmente señaló:

“El aprendizaje cognitivo es un indicador de la educación de calidad, pero no es el único. Los métodos de evaluación deben basarse en los objetivos propuestos para la educación y tener en cuenta las distintas dimensiones que definen una educación de calidad.”[53] (Negrilla propia).

En relación con la accesibilidad, el estudio temático indica que la obligación de garantizar la eliminación de barreras que dificultan la inclusión también debe ocuparse de los obstáculos de tipo psicosocial, pues es importante abordar las actitudes de rechazo de la comunidad educativa frente a la persona en situación de discapacidad.

Frente a los ajustes razonables, explica que se trata de medidas para eliminar la discriminación y permitir la igualdad real en el escenario educativo. En relación con los apoyos, señala que éstos deben considerar las necesidades individuales, que por ejemplo, pueden concebirse a través de planes personalizados de enseñanza. Destaca que la puesta en marcha de estas acciones debe estar acompañada de una asignación presupuestal para contratar los profesionales idóneos que sean necesarios. No obstante, señala que ha identificado buenas prácticas en algunos países incluso con ausencia de recursos, por ejemplo, en Guatemala existe un grupo itinerante que ofrece orientación para la consolidación de los centros educativos inclusivos.

Finalmente, es de resaltar también que recientemente, en agosto de 2016, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad presentó Observaciones Finales sobre el

informe inicial de Colombia. En relación con el artículo 24 sobre educación, sostuvo que al Comité le preocupaba la baja participación de personas con discapacidad en las instituciones educativas y la existencia de aulas especializadas financiadas con recursos públicos[54].

Como recomendaciones, sugirió al Estado colombiano adoptar un plan de transformación para alcanzar una educación inclusiva de calidad y adoptar los ajustes razonables, garantizar la accesibilidad de los entornos y la formación de los docentes sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad[55].

Legislación interna

24. A nivel legal, cabe indicar que el Legislador ha proferido varias normas para abordar el derecho a la educación y, en específico, ha dispuesto algunas pautas sobre la garantía para personas en situación de discapacidad. Los más relevantes son la Ley 115 de 1994, la Ley 361 de 1997 y sus respectivos decretos reglamentarios. Además, para el caso de la referencia, es de especial importancia para el caso concreto, el Decreto 1075 de 2015, el Decreto 1851 de 2015 y la Circular 066 de 2015, esta última expedida por el Viceministro de Educación Prescolar, Básica y Media, por lo que serán expuestas al final del capítulo.

La Ley 115 de 1994 se ocupó de regular el servicio público de educación. Estableció la necesidad de garantizar el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad y organizar “directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos”[56]. También dispuso que el Gobierno y las entidades territoriales incorporarán los apoyos pedagógicos necesarios para la atención educativa[57].

En el marco de esa normativa, el Decreto 2082 de 1996 reglamentó la atención educativa para personas en situación de discapacidad. Dentro de sus directrices indicaba que las instituciones debían ajustar sus currículos para atender a esta población y que la evaluación de su rendimiento escolar también debía tener en cuenta las características de los estudiantes[58].

Luego, la Ley 361 de 1997 señaló que era competencia del Gobierno Nacional diseñar e implementar planes educativos especiales para los menores de edad en situación de

discapacidad, “que garanticen el ambiente menos restrictivo para [su] formación integral”. Asimismo, estableció que el Ministerio de Educación debe producir y distribuir materiales de capacitación para que los docentes fortalezcan sus habilidades en ciertas áreas a fin de que apoyen a los niños en situación de discapacidad, que lo requieran. También dispuso que el Ministerio y el ICETEX debían adoptar medidas para la presentación del examen de Estado por las personas en situación de discapacidad severa y profunda, física y sensorial.

El Decreto 366 de 2009 reglamentó la prestación del servicio de apoyo pedagógico para estudiantes en situación de discapacidad o talentos excepcionales en la educación inclusiva. Se ocupó de adoptar medidas para poner en marcha una política de educación inclusiva, en la que determinó las responsabilidades de las autoridades y la prestación de los servicios educativos. Es de resaltar que su artículo 4 señala que los planteles que cuenten con alumnos en situación de discapacidad cognitiva, motora, síndrome de Asperger o autismo, deben “organizar, flexibilizar y adaptar el currículo, el plan de estudios y los procesos de evaluación de acuerdo a las condiciones y estrategias establecidas en las orientaciones pedagógicas producidas por el Ministerio de Educación Nacional”.

Recientemente, en el año 2015, el Presidente de la República expidió dos decretos sobre educación.

25. El primero, el Decreto 1075 de 2015 es el Reglamentario Único del Sector Educación. Este extenso cuerpo normativo establece la estructura del sector, las responsabilidades de las autoridades a nivel nacional y territorial, los aspectos pedagógicos de los diferentes niveles académicos y las orientaciones curriculares. Además, tiene un capítulo sobre los servicios educativos especiales, específicamente, una sección de ese apartado establece parámetros para la protección del derecho de personas con “limitaciones” o con capacidades o talentos excepcionales.

El Capítulo 5 del decreto se ocupa de los servicios educativos especiales. Señala que las instituciones que atienden niños con “limitaciones o con capacidades o talentos excepcionales” deben hacer las adecuaciones curriculares, organizativas y pedagógicas que sean necesarias[59]. También señala que la evaluación de su rendimiento escolar tendrá en cuenta las características de los educandos[60] y establece cláusulas para la contratación de los apoyos pedagógicos, planes para ampliación de la cobertura y organización de la

oferta, entre otros. Además, establece los criterios de conformación del Banco de Oferentes para contratar con el Estado el servicio de educación, en el cual se indica que se aplicará un formato de evaluación elaborado previamente[61].

26. Posteriormente, el Decreto 1851 de 2015 subrogó el Capítulo 3 del Decreto 1075 de 2015 para reglamentar lo relativo a la contratación del servicio educativo cuando las entidades territoriales demuestren “limitación” o insuficiencia en los establecimientos educativos oficiales. La sección tercera de la normativa precisa que para suscribir los contratos con instituciones privadas, se debe conformar un Banco de Oferentes, que deben cumplir con requisitos de experiencia e idoneidad, entre otros. Las instituciones deben demostrar (i) al menos 5 años de experiencia en la prestación del servicio educativo; (ii) que en las pruebas del ICFES, correspondientes a las pruebas de Estado SABER 3, 5, 9 y 11 hayan alcanzado puntajes superiores al percentil 35 en las áreas de lenguaje y matemáticas, comparados con las instituciones de la misma entidad territorial[62]. El párrafo transitorio señala que para el Banco de Oferentes del año 2015, las instituciones deberán demostrar que en las pruebas de Estado obtuvieron un puntaje superior al percentil 20 en relación con los colegios de la misma entidad territorial.

27. En diciembre de 2016, el Viceministro de Educación Prescolar, Básica y Media emitió la Circular No. 066 para resolver consultas elevadas a su despacho sobre la aplicación del Decreto 1075 de 2015 en relación con la atención a personas con necesidades educativas especiales. Por su importancia, se cita a continuación:

“Las disposiciones del Decreto 1851 de 2015 aplican excepcionalmente para la atención de población con necesidades educativas especiales, siempre y cuando se configuren los supuestos de inclusión educativa, establecidos por el Ministerio del Interior.

Las disposiciones sobre inclusión educativa de población con necesidades educativas especiales se encuentran establecidas en el Capítulo 5 del Título 3 de la Parte 3 del Libro 2 del Decreto 1075 de 2015.

En atención a lo anterior, si en una entidad territorial no se verifican supuestos de hecho para garantizar la inclusión, ésta contará con la capacidad de organizar la oferta educativa mediante la participación de organizaciones de reconocida trayectoria e idoneidad en la prestación o promoción del servicio de educación.

Para realizar la contratación del servicio educativo, las entidades territoriales certificadas en educación deberán demostrar insuficiencias o limitaciones, en los términos previstos en el artículo 27 de la Ley 715 de 2015, modificado por la ley 1294 de 2009 (sic).

Las entidades territoriales podrán acudir a la contratación del servicio educativo para la población con necesidades educativas especiales, como una estrategia de la entidad territorial certificada en educación,, siempre y cuando se haya determinado que la condición de discapacidad o capacidad o talento excepcional del estudiante lo requiera, mediante una evaluación psicopedagógica y una caracterización interdisciplinaria a cargo de la instancia o institución determinada por la entidad, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 2.3.3.5.1.1.4. del Decreto 1075 de 2015.

Para la contratación del servicio educativo de población con necesidades educativas especiales, las entidades territoriales certificadas en educación que hayan demostrado condiciones de insuficiencia y limitaciones, podrán aplicar lo establecido en el estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en ausencia de reglamentación particular”.

El debate sobre la educación para personas en situación de discapacidad”.

28. En síntesis, se encuentra que la legislación colombiana ha reconocido la necesidad de garantizar ajustes razonables en el marco de la prestación del servicio de educación para garantizar la igualdad de condiciones de personas en situación de discapacidad que convergen al aula de clase. Recientemente se expidieron dos decretos que buscan compilar las disposiciones jurídicas aplicables en lo relativo a la prestación del servicio público. En relación con la contratación de colegios privados cuando la entidad territorial no cuenta con la cobertura para asegurar la educación para la población con necesidades educativas especiales, la Circular No 066 de 2015 fue expedida para resolver las dudas sobre las condiciones que se le deben exigir a las instituciones no oficiales que pretenden contratar con el Estado e indicó que el Decreto 1851 de 2015 aplica excepcionalmente en esos casos.

La educación inclusiva, los ajustes razonables y los retos de diálogo y transformación

29. La educación inclusiva es una apuesta por reconocer la diversidad y la dignidad

humana, a través de un modelo en el que concurren en el aula personas con diferentes capacidades para acceder a ciertos conocimientos y potenciar sus habilidades. Se fundamenta en que todas las personas deben compartir los mismos espacios y no pueden ser apartadas en razón de determinadas características que tradicionalmente han sido catalogadas como limitaciones para recibir la misma educación.

30. La educación inclusiva reconoce las diferencias entre todas las personas y destaca la igualdad que debe prevalecer en la sociedad. Se aparta de la diferenciación de normalidad y anormalidad, que se constituía en una categorización para juzgar y aislar a un grupo y restringirle desde el comienzo de la vida, sus derechos. Como alguna vez lo expuso esta Corporación:

“Desde muy pequeños, los niños son ubicados –con todo lo que esto implica- en el centro mismo del paradigma normal-anormal, con una alta carga de discriminación implícita o explícita. Surge así, pues, una desigualdad que habrá de incidir negativamente en las oportunidades ofrecidas a los niños, según que se hallen ubicados en los terrenos de la normalidad o de la anormalidad, respectivamente”[63].

31. La educación inclusiva se opone a los paradigmas que suponen entender que algunas personas no deberían recibir educación o que deben tener centros especiales para su enseñanza apartada del aula regular, tales como el modelo segregacionista y el modelo de educación especializada.

El modelo segregacionista es aquel que juzga con criterios biológicos o religiosos, las diversidades físicas o mentales, excluye a las personas en situación de discapacidad porque las considera fuera de las características asociadas a la normalidad, estima que son ineducables y las rechaza en las instituciones académicas.

El enfoque de educación especial identifica a los alumnos que tienen características especiales para educarlos en planteles diferentes a los ordinarios, pues estima que el desarrollo en su aprendizaje se logra mejor cuando los grupos son homogéneos, esto es conformados por personas con las mismas condiciones[64].

El enfoque médico-rehabilitador opta por el ingreso de las personas en situación de discapacidad a aulas regulares siempre que únicamente requieran pequeños apoyos. La

doctrina ha señalado que bajo ese modelo, a las personas se les “exige una “rehabilitación” para “normalizarse”; y esta normalización puede conseguirse, entre otros medios, a través de la integración”[65]. Algunos reproches provienen del hecho de que se considera que “la integración implica incluir a los niños y niñas con discapacidad en un marco preexistente de normas. Pero esto no se puede considerar inclusión”.

32. En la actualidad, la Convención Sobre Derechos para las Personas con Discapacidad propugna por la adopción de una educación inclusiva acompañada con el modelo social, que “desafía la verdadera noción de normalidad en la educación —y en la sociedad—sosteniendo que la normalidad no existe, sino que es una construcción impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia”[66]. La discapacidad no se concibe como una cuestión netamente religiosa o médica, sino por la forma en la que la sociedad la concibe y la trata. Tiene en cuenta que algunas personas en situación de discapacidad pueden ser autosuficientes, mientras que otras que no han sido catalogadas como tal, sí deben contar con apoyos específicos en el aula de clase.

Como lo explica la doctrinante Agustina Palacios, el primer postulado de este modelo sostiene que las causas que generan la discapacidad son preponderantemente sociales, pues “no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad”[67]. Su segundo postulado implica que las personas en situación de discapacidad pueden aportar a la sociedad, como lo hace cualquier otra. Destaca la autora que bajo este modelo social, las acciones no se deben orientar únicamente hacia las personas en situación de discapacidad, sino que se deben dirigir a la sociedad, que es aquella que categoriza y excluye. Este enfoque retoma una distinción entre deficiencia y discapacidad, en el que la primera se entiende como las condiciones corporales y mentales de un individuo, y la segunda se refiere a las restricciones sociales que enfrenta una persona con diversidades funcionales. A partir de ello, el objetivo consiste en eliminar las barreras sociales y resaltar las capacidades diversas de las personas.

En consecuencia, la educación inclusiva implica que las personas en situación de discapacidad tienen derecho a la educación con las mismas garantías fijadas para otras personas, pero el Estado tiene la responsabilidad de hacer ajustes razonables para que cada persona, desde su individualidad diversa, esté en condiciones de igualdad real y efectiva frente a sus compañeros.

33. Para concretar la idea de la educación inclusiva a personas que han sido sometidas al trato diferente, la Convención trae la herramienta de ajustes razonables.

Conforme quedó establecido en la Convención, en el marco del derecho a la educación la discapacidad no es una justificación para excluir a una persona del sistema general de educación[68]. Ahora bien, para que un espacio que tradicionalmente ha construido barreras a esta población se convierta en un ambiente idóneo para su educación, es imperioso que los sistemas y programas que se han previsto para la población mayoritaria sean adecuados para algunas situaciones particulares.

La particularización de los esquemas generales de educación puede materializarse a través de lo que se ha denominado internacionalmente ajustes razonables al sistema educativo. Estos se refieren a “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”[69].

En materia de educación, los ajustes razonables se deben estructurar a partir de la estimación profesional de las necesidades individuales de aprendizaje e interacción social, de forma que se garanticen apoyos personalizados o en grupos, como sea necesario para el proceso de formación. En ese sentido, los apoyos pedagógicos son formas de hacer ajustes razonables.

Ahora bien, los apoyos pedagógicos también pueden ser utilizados desde los diferentes modelos de atención a las personas en situación de discapacidad. Por ejemplo, en el marco de un modelo de educación especializada pueden existir también apoyos pedagógicos, pero ellos se darían en un ambiente en sí mismo excluyente. Para algunos especialistas, los apoyos pedagógicos en ese contexto, “limitan las oportunidades de aprendizaje de los alumnos, puesto que se disminuyen las posibilidades de interacción social y de los beneficios ampliamente demostrados del aprendizaje cooperativo”[70].

Desde una perspectiva de educación inclusiva, los apoyos pedagógicos son concebidos en el aula de clase regular y consisten esencialmente en “adaptaciones curriculares y [en] un trabajo colaborativo entre docentes”[71], que permitan el aprendizaje de todos los

estudiantes, reconocidos como personas con necesidades de aprendizaje diferente. No obstante, pueden existir ajustes razonables que no sean necesariamente apoyos pedagógicos, pues tal vez son otras las barreras que se deben eliminar para asegurar la igualdad en el aula.

Todo lo anterior implica desafíos para el sistema escolar. Un reto para los docentes quienes deben responder pedagógicamente a los ritmos de aprendizaje diferencial presentes en el aula de clase[72]. También son un reto para las familias, los niños y la sociedad. Sin embargo, son herramientas para iniciar un proceso social amplio de transformación de las actividades discriminatorias.

34. En esa dirección, la Sala llama la atención sobre el proceso social en el que está inmerso el modelo de educación que propone la Convención. Este instrumento internacional presenta una nueva forma de concebir lo que tradicionalmente se llamó discapacidad, que debe ser abordada a partir de un diálogo social, pues en este escenario convergen muchos sujetos cuyas actuaciones son relevantes para la protección efectiva de los derechos de las personas en situación de discapacidad, en especial, si se trata de niños, niñas y adolescentes. En ocasiones la perpetuación de las diferencias no proviene de una intención de discriminar sino de cuidar, por ejemplo, como en el caso concreto, las familias, en ocasiones, prefieren que sus hijos con determinados diagnósticos clínicos deban ser atendidos en centros educativos especializados.

Lo anterior representa grandes retos para construir entre toda la sociedad un escenario en el que se den a conocer los beneficios del modelo de educación inclusiva, se explique en qué consisten los ajustes razonables en cada caso y cuáles serían los apoyos pedagógicos que se proveen en el aula inclusiva.

35. En síntesis, esta Sala considera que la educación inclusiva debe ser garantizada el máximo posible en todas las instituciones del país, porque es un enfoque capaz de reconocer la dignidad humana de cada uno de los estudiantes, con respeto de su diversidad y en atención a su derecho a la igualdad de oportunidades. El paradigma de homogeneidad es contrario a la Carta Política, por lo tanto, si bien esta idea ha predominado por años en las aulas donde se forman por años los niños y las niñas, es importante darle un giro para reconocer la diversidad y potenciar todas las capacidades, que trae beneficios tanto para

los niños que han recibido educación especial, como para los que no.

No obstante, el modelo social que propone la Convención no se reduce a obligaciones puntuales del Estado, que se convierten en deberes de las instituciones a nivel interno. Este nuevo paradigma implica una forma diferente de concepción de las capacidades, que comparte la Sala. Pero su puesta en marcha se extiende a la sociedad, a las personas destinatarias de esta educación y a sus familias. Por ello, es indispensable crear escenarios participativos, informativos y de diálogo sobre las mejores formas de protección para los derechos de esta población. Si bien el Estado tiene un papel principal en la eliminación de las barreras discriminatorias, este proceso no puede ser ajeno al pensamiento valioso de las personas involucradas, pues no es posible eliminar las barreras sobre la construcción de otras sin diálogo.

36. La Corte Constitucional ha estudiado una variedad de casos que analizan la garantía del derecho a la educación para personas en situación de discapacidad. En los últimos años, al menos desde 2010, se han dictado varias ordenes en el sentido de asegurar la educación inclusiva. Esta Corporación ha concedido esta protección cuando median recomendaciones médicas[73] y ha ordenado a las autoridades hacer los ajustes razonables que la persona requiera[74]. Igualmente, ha advertido que la atención psicológica que reciben los menores de edad en relación con su diagnóstico médico no reemplaza la educación formal.[75] Así, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la educación inclusiva es la regla general.

37. Únicamente en casos excepcionales la Corte Constitucional ha establecido que las autoridades están obligadas a garantizar educación especial. Por ejemplo, en las sentencias T-791 de 2014 y T-465 de 2015, esta Corporación concedió una protección del derecho a la educación de forma especializada. Veamos.

37.1. En la sentencia T-791 de 2014[76] se estudió el caso de un menor de edad que sufrió un accidente y por ello tuvo una “discapacidad permanente”, pues tuvo una deformación física, afectación en la locomoción y en su sistema nervioso central. La madre del niño presentó acción de tutela contra la EPS y dentro de sus pretensiones, requería que se “brinde atención en un instituto especial para jóvenes con condiciones de salud similares, para que pueda efectuar su proceso de recuperación y ejercer el derecho a la educación”, pues el médico tratante sugirió que el niño sea vinculado “al sistema académico por medio

de la modalidad de inclusión escolar” pero advirtió que “requiere de supervisión permanente en los desplazamientos fuera del hogar, dado el compromiso motor y de comportamiento; como también vinculación en colegio personalizado.”

En líneas generales, la Sala consideró que el joven requería una educación especializada. Por lo tanto, ordenó “se preste el servicio de educación especial al menor y se brinden las condiciones necesarias para el acceso al mismo, esto es, el pago del servicio de transporte de ser necesario y los materiales de trabajo en clase sean necesarios para garantizar de manera integral y completa su derecho fundamental a la educación.”

37.2. En la reciente sentencia T-465 de 2015[77], esta Corporación conoció la tutela presentada por una mujer, en representación de sus dos hijos, quienes tienen un retraso mental y que han sido rechazados en varias instituciones educativas por su bajo rendimiento académico. La peticionaria solicitó ante la Secretaría de Educación y ante la Secretaría de Integración Social, un cupo para sus hijos aprendan un oficio o arte, sin embargo, las entidades adujeron que no son las encargadas de prestar un servicio de esa naturaleza.

Al resolver el caso, la Sala consideró que la Alcaldía del municipio donde viven los niños debe garantizar cupos en centros educativos especiales, dado que han enfrentado varias dificultades en las instituciones de educación regular. Así, sostuvo que: “contando con recomendación médica, valoración psicológica y con el deseo de sus padres de que los jóvenes sean recibidos en una institución especial donde puedan aprender un arte u oficio, la Sala considera que se cumplen las condiciones para que ambos sean matriculados en una institución de carácter especial, pues se probó la necesidad de que en este caso se recurra a esta clase de educación.” De igual forma, sostuvo que el Distrito cercano a su municipio también debía ofrecerle a los menores de edad los programas de educación con los que cuenta, especialmente si se trata de personas en situación de discapacidad.

38. Ahora bien, en relación con los casos de niños y niñas con diagnóstico de retardo en el desarrollo del lenguaje e hiperactividad, sin asimilar todos los casos, es posible sostener que la Corte también ha brindado una educación inclusiva para esta población. En las sentencias T-390 de 2011, T-495 de 2012 y T-318 de 2014 esta Corporación ordenó la protección del derecho a la educación en aulas regulares bien sea por recomendación

médica o por equipos interdisciplinarios, e incluso ordenó que se brinde esa atención cuando un menor de edad fue expulsado de una institución educativa por considerarlo agresivo. Además, ha ordenado hacer ajustes razonables para garantizar el derecho a la educación inclusiva de un niño con trastorno del espectro autista, como se expondrá a continuación.

38.1. La sentencia T-390 de 2011[78] estudió un caso de un niño que fue expulsado del Colegio en el que estudiaba a causa de la agresión física a otro compañero. Sus padres presentaron acción de tutela porque estimaron que la decisión fue violatoria del debido proceso y advirtieron que una vez desescolarizado, encontraron que el niño padecía trastorno con déficit de atención con hiperactividad, sin embargo, a su juicio, el colegio prefirió rotularlo como un niño desobediente y agresivo, en vez de atenderlo en debida forma.

En esa ocasión, la Sala consideró que efectivamente se vulneró el derecho al debido proceso del estudiante y confirmó la sentencia de instancia que falló a favor del niño. En relación con el trastorno que tiene el menor de edad, se indagó a través de un examen de Medicina Legal que las personas que lo padecen suelen ser impulsivas, reclaman atención de forma constante y tienen dificultades para regular las propias reacciones. Los tratamientos con fármacos suelen ser eficaces entre un 70% y 80% de los casos, sin embargo, también se deben adelantar terapias terapéuticas, psicológicas y psicosociales. Sobre la atención que debía recibir el niño, la Sala encontró que estaba matriculado de nuevo en el Colegio, sin embargo, advirtió que todas las personas que hacen parte del desarrollo educativo deben prestar especial atención al menor de edad, pues es necesario un abordaje multimodal. Precisó que “se brinda un trato desigual por vía de omisión de trato especial, por lo que su condición requiere atención especial para poder incorporarse a la convivencia en su entorno social”[79].

38.2. En la sentencia T-495 de 2012[80] se estudió la tutela presentada por el padre de un estudiante de un colegio contra la Secretaría de Educación de Bogotá, que consideraba que la entidad vulneró los derechos de su hijo al negarse a nombrar un profesor especializado que lo apoye en el aula, dado que padecía de trastorno del espectro autista y requería un apoyo especial. En relación con el derecho a la educación, la Sala consideró que la entidad accionada no cumplió con las obligaciones consignadas en la Convención sobre los

Derechos de las Personas en situación de Discapacidad y en el Decreto 366 de 2009 específicamente en los artículos 4 y 9 , que estipulan el apoyo pedagógico que deben prestar los centros educativos para garantizar el derecho a la educación. En ese sentido, ordenó a la Secretaría asignar un personal docente en la institución distrital para que acompañe el proceso educativo del hijo de la accionante y de aquellos niños que están en similares condiciones. Asimismo, advirtió que no existe un trabajo armónico entre las entidades del sistema público, por lo tanto, reiteró el exhorto de la sentencia T-974 de 2010 dirigido al Ministerio de Educación, en el sentido de ordenar a esa entidad y al Ministerio de la Protección Social crear una mesa de trabajo con participación de la Procuraduría, la sociedad civil, ONGs, asociaciones de padres de familia, entre otras, para adoptar e medidas relacionadas con la realización de ajustes razonables, la coordinación entre las EPS y las entidades territoriales para asegurar la prestación de los derechos a la salud y a la educación.

38.3. En la sentencia T-318 de 2014[81], esta Corporación conoció la acción de tutela promovida por la madre de un menor de edad con diagnóstico de hiperactividad, agresividad y depresión alta, a quien la coordinadora del centro educativo regular en el que estudia le recomendó asignarle un profesor sombra. Por lo tanto, la peticionaria interpuso acción de amparo contra la EPS y la Secretaría de Educación municipal para obtener el apoyo recomendado por la docente. En sede de revisión, la Sala encontró que el niño tenía trastorno por déficit de atención a estudio, trastorno de aprendizaje y trastorno de lenguaje expresivo. Asimismo, en la contestación de la tutela por parte de la Secretaria de Educación municipal y de la EPS, negaron su responsabilidad en la prestación del apoyo. Por lo tanto, al resolver el caso concreto la Sala ordenó a la EPS hacer una valoración interdisciplinaria del menor de edad para determinar con precisión cuál es el tipo de apoyo pedagógico que requiere, de conformidad con lo que determinen los especialistas, la Secretaría de Educación debía garantizar que el centro educativo en el que estudiaba el niño adoptara las medidas necesarias para asegurar la inclusión escolar del niño.

En suma, la Corte Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia sobre el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad. La línea actual de esta Corporación ha optado por aplicar predominantemente el modelo de educación inclusiva. Algunas de las subreglas fijadas por la Corte han resaltado la fuerte relación que existe entre el derecho a la educación y a la salud, por lo que en ocasiones ha protegido estos dos derechos de forma

conjunta o ha ordenado una valoración médica o interdisciplinaria para posteriormente determinar la atención educativa que requiere la persona. Ha indicado también que la educación formal no puede ser reemplazada por las terapias psicológicas y psicosociales únicamente, pues este es un apoyo, pero no brinda contenido académico. Ha dispuesto que los ajustes razonables relativos a los apoyos pedagógicos deben ser coherentes con las necesidades de cada individuo. Además, ha dado prevalencia a la educación inclusiva sobre otras formas de educación. De la misma forma, ha precisado que los niños con diagnósticos de trastorno de aprendizajes y conducta, no deben ser estigmatizados, por el contrario, los profesores deben abordar su conducta de forma que apoye su capacidad.

Dos casos relevantes sobre ajustes razonables en la evaluación académica de personas en situación de discapacidad

39. En el sistema educativo subsisten barreras para las personas en situación de discapacidad y una de ellas tiene que ver con el proceso evaluativo. Aunque las normas destacan que los currículos y métodos de evaluación se deben ajustar a los estudiantes, en ocasiones, la diversidad de situaciones escapa a los ajustes razonables previstas por las entidades. En ese sentido, son relevantes dos sentencias emitidas por esta Corporación sobre el proceso de evaluación y las dificultades de las exigencias de medición de capacidades frente a algunas realidades. Aun cuando se trata de hechos relacionados con la evaluación individual, son pertinentes dado que la calificación de los planteles está basada en la evaluación de cada estudiante.

39.1. En la sentencia T-598 de 2013[82], la Corte analizó la acción de tutela presentada por el padre de un menor de edad contra el ICFES porque después de que el acudiente informó a la entidad que su hijo tenía una condición de salud visual que requería una adecuación de los textos o un apoyo para presentar la prueba de Estado, la entidad le entregó un kit para invidentes, aun cuando él había indicado que ese no era el tipo de apoyo que requería su hijo. Al resolver la controversia, la Corte adujo que “lo que se pretende no es que se varíen las condiciones técnicas estandarizadas de evaluación en los exámenes, sino que se tengan en cuenta las excepcionalidades de las personas a examinar, con el fin de que se les brinden ayudas adecuadas, de acuerdo con los parámetros generales fijados por el Ministerio de Educación Nacional”. Por lo tanto, solicitó al Ministerio que desarrolle políticas que tengan en cuenta todas las necesidades de las poblaciones al momento de aplicar las

pruebas de Estado, de forma que los apoyos se brinden según el tipo de discapacidad.

39.2. La sentencia T-119 de 2014[83] estudió el caso de un joven con autismo que adquirió la deuda con el ICETEX para cursar sus estudios de música en la Universidad de los Andes y obtuvo uno de los mejores promedios de egresados. El Gobierno Nacional anunció que condonaría la deuda a los estudiantes sobresalientes, sin embargo el ICETEX se negó a hacerlo en su caso porque no había obtenido uno de los mejores puntajes en las pruebas SABER. El padre del estudiante presentó acción de tutela contra la entidad por no condonar la deuda de su hijo, sin tener en cuenta que el joven padece de autismo y por ello, tiene problemas de aprendizaje y no puede ser evaluado de igual forma que las demás personas.

La Corte concluyó que las entidades accionadas desconocieron el derecho a la igualdad del estudiante. Señaló que aunque el ICETEX contaba con garantías para eliminar las barreras a las que se enfrentan las personas en situación de discapacidad, estas medidas no fueron suficientes para cubrir el déficit de protección en el caso del peticionario. Así, no brindó garantías específicas para evaluar las capacidades de la persona en situación de discapacidad. La Sala encontró que aunque el rendimiento académico del accionante era muy alto en la prueba específica de SABER PRO hacía un tipo específico de evaluación que presentaba dificultades para él en razón de su autismo, además no se evaluó ningún componente del área de música.

La Sala de Revisión resaltó la necesidad de que el sistema público educativo permita el acceso de personas con capacidades diversas a las pruebas de Estado. En relación con el contenido de los exámenes precisó que “no resulta procedente que la Corte emita una orden de modificar la estructura y los contenidos de las pruebas Saber Pro. Es posible que en algunos asuntos, (...), esas pruebas no contengan todos los elementos evaluativos que sean deseables, pero si bien ello conduce a que, en sede de tutela, se adopten los correctivos para la cuestión analizada, no necesariamente ello se traduce en una modificación de la prueba, la cual, por su carácter general, no siempre podrá cubrir las situaciones que enfrenten todos y cada uno de los estudiantes”.

40. En conclusión, la Sala estima que de acuerdo con las decisiones referenciadas, las autoridades deben tener en cuenta que las personas que convergen al escenario de

evaluación son diferentes y las autoridades deben tener en cuenta esa diversidad de capacidades y necesidades en el proceso educativo de evaluación.

Caso Concreto

41. De acuerdo con lo expuesto en la presentación del caso, el primer problema jurídico que debe abordar la Sala consiste en determinar si ¿el Ministerio de Educación amenaza los derechos a la educación y a la igualdad del hijo de la accionante, al omitir adelantar gestiones que le aseguren que quien tiene un trastorno de lenguaje mixto y de déficit de atención e hiperactividad secundario, reciba educación especializada?

43. De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 715 de 2001, que dicta normas en materia de recursos para salud y educación, las entidades territoriales prestarán el servicio público de educación por medio de las instituciones oficiales. Únicamente cuando enfrenten insuficiencias o limitaciones en las instituciones estatales para cumplir este propósito, contratarán la prestación del servicio con planteles privados que tengan experiencia y calidad. En el mismo sentido, el Decreto 1851 de 2015, que subrogó el Capítulo 3 del Decreto 1075 de 2015, dispuso que los contratos con instituciones privadas deben estar justificados en la limitación o insuficiencia de los establecimientos educativos oficiales.

Por lo anterior, si la entidad territorial encargada de la prestación del servicio de educación tiene la cobertura suficiente para garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes que lo requieran, no debe contratar con las instituciones privadas. Esta regla es coherente con propósitos constitucionales asociados a la destinación eficiente de los recursos públicos. En principio, el dinero que el Estado destina a la educación debe dirigirse a la red pública, no a las instituciones privadas. Por ello, cuando se cuentan con instituciones públicas idóneas para garantizar el derecho a la educación, salvo que medie una fuerte justificación, los recursos no se deben destinar a colegios no oficiales. De esta manera, además, se fortalecen los centros educativos públicos para la construcción o mejoramiento de instalaciones, bibliotecas y otros elementos necesarios para el goce efectivo del derecho.

En el caso concreto, como lo expuso el Ministerio de Educación y la Secretaría de Educación de Envigado, el municipio demostró que contaba con la cobertura suficiente para la atención de los adolescentes, niños y niñas a quienes hace referencia el escrito de tutela; por lo tanto, la Sala encuentra que el Ministerio no debía adelantar actuaciones orientadas a

que la entidad territorial contratara con centros educativos particulares si cuenta con las condiciones para prestar el servicio de forma directa. Al contrario, esta regulación tiene como propósito fortalecer el sistema educativo público para que el Estado alcance la cobertura del mismo y asegure su máximo nivel de protección.

44. Ahora bien, el reproche de la accionante se enfoca en cuestionar que no se contrató a la institución privada que ofrecía un tipo de educación especial, pues controvierte que aunque los municipios cuenten con la suficiente cobertura en colegios públicos regulares, no exista un mecanismo para asegurar que contraten el servicio educativo con planteles que brindan educación especial, para atender a personas en situación de discapacidad.

Al respecto, la Sala considera que de acuerdo con la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, todos los niños, niñas y adolescentes deben asistir a las aulas regulares y la discapacidad no es una justificación para que ello no ocurra. Los planteles deben hacer los ajustes razonables necesarios para que esta población pueda gozar efectivamente de sus derechos en las mismas condiciones que los demás. Además, en la misma dirección, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, por regla general, se debe garantizar la educación inclusiva y solo en casos excepcionales ha estimado procedente la educación especial.

En ese sentido, el derecho a la educación de los menores de edad en situación de discapacidad se identifica con el derecho a obtener educación inclusiva, que consiste en asistir al salón de clases al que concurre la generalidad de la población y a que las autoridades y los colegios aseguren la realización de ajustes razonables. Estos ajustes dependerán de las necesidades individuales de los menores de edad y algunos de ellos comprenden apoyos pedagógicos, psicosociales, psicológicos, etc. Para ello, la política pública ha regulado también algunos aspectos para lograr la aplicación del modelo de educación inclusiva, como la contratación de los servicios pedagógicos, la idoneidad de los docentes y la adaptación de currículos para personas en situación de discapacidad, entre otros.

En efecto, una muestra de la puesta en marcha de este enfoque educativo, es lo que ha realizado el Municipio de Envigado, pues hasta donde conoce la Corte, ha ofrecido cupos en colegios regulares a los niños que asistían a instituciones especializadas, pero además, ha

asegurado la existencia de apoyos pedagógicos a través de la contratación de instituciones idóneas para prestarlos. Así, adujo haber suscrito contratos con el Tecnológico de Antioquia, la Corporación Colombia de Colores, Corporación Aula Abierta, la Fundación Dime Colombia y la Fundación El Ágora.

En la medida en que el municipio cuenta con cobertura, instituciones sin limitaciones o restricciones que constituyan barreras a la inclusión, así como apoyos pedagógicos adecuados, la Sala encuentra que las acciones del Ministerio de Educación han estado orientadas a asegurar el derecho a la educación inclusiva de todos los niños y niñas en situación de discapacidad y no se encuentra que en el caso del menor de edad, hijo de la peticionaria, esa dirección general de política pública, vulnere su derecho.

Al contrario, se encuentra que la política de educación inclusiva se enfoca a hacer una serie de ajustes en el funcionamiento tradicional del sistema educativo para asegurar la igualdad de condiciones y la no discriminación de las personas en situación de discapacidad que se han relegado de los espacios educativos. La exclusión no puede ser la regla general, pues no pierde de vista la Sala que uno de las preocupaciones que dio origen a la Convención de Derechos sobre Personas con Discapacidad fue que de: “los 650 millones de personas con discapacidad –alrededor del 10% de la población mundial—carecen de las oportunidades que tiene la población en general. Se enfrentan a un cúmulo de obstáculos físicos y sociales que[, entre otras,] (...) Les impiden recibir educación (...) [y] Les impiden integrarse en la sociedad y ser aceptados”[84].

Igualmente, se tienen en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha considerado en casos específicos de niños con trastornos de déficit de atención e hiperactividad, como el hijo de la accionante, la importancia de que concurren a aulas regulares por ser personas con plenas capacidades para interactuar y aprender junto con otros niños, aunque, en determinados momentos requieran de atención especial por parte de los docentes o de otros profesionales. La regla general es que todas las personas concurren a aulas inclusivas, sin perjuicio de que de conformidad con un diagnóstico clínico específico un equipo interdisciplinario pueda concluir algo diferente.

45. Es pertinente enfatizar que las aulas son espacios en los que siempre concurren diversidades. Cada alumno tiene su propia historia y puede que en determinado lapso de su

ciclo académico enfrente problemas que hagan necesarios los apoyos pedagógicos, psicológicos o psicosociales. Es común que estos apoyos se cataloguen como necesarios con mayor frecuencia para niños que, como el hijo de la accionante, tienen ciertos diagnósticos clínicos, pero tampoco pueden comprenderse como exclusivos para esta población. En esa línea argumentativa, la educación inclusiva va más allá de permitir la garantía plena del derecho a la educación y a la igualdad de los niños en situación de discapacidad. Su misión está enfocada en realidad a abordar todas las diversidades presentes e innegables del aula y el proceso educativo. Por ello, cuestiona un imaginario antiguo y persistente, que supone la homogeneidad de la humanidad y la traslada a las personas que asisten a un salón de clases.

La diversidad en el aula es un reto para los profesores, quienes tienen que armonizar el deber de presentar contenidos académicos para todos los niños, con la necesidad de enfocarse también en cada una de las individualidades. La comunidad educativa debe transitar ambas vías para cumplir los objetivos generales del derecho a la educación, en términos que involucren el bienestar de la comunidad, el respeto de los derechos humanos, la igualdad y la diversidad.

46. Así entendida, la educación inclusiva es un enfoque que, por una parte, tiene como propósito esencial la eliminación de las barreras, pero, por otra parte, también reconoce la diversidad de todos los alumnos y de la comunidad educativa en general. Este doble desafío no es sencillo y su consecución puede tardar un tiempo considerable. Para asumirlo, la Sala considera imprescindible emprender dos caminos: uno, relativo a la ejecución de los ajustes razonables; y otro, en el marco del diálogo social para que toda la sociedad se guíe hacia la inclusión educativa.

47. Los ajustes razonables son las herramientas esenciales que permiten convertir un espacio excluyente en un espacio inclusivo. Son las medidas que aseguran la igualdad real y efectiva de la población con capacidades diversas en un aula de clase, que tradicionalmente ha sido homogénea. La realización de todos los ajustes razonables puede resultar costoso y difícil, pero el Estado y las instituciones educativas deben hacerlo para asegurar el derecho de los niños, niñas y adolescentes. Como resaltó el Informe de las Naciones Unidas de 2013, existen prácticas creativas para lograr la educación inclusiva que se han adelantado incluso en países que no tienen una alta capacidad económica. [85]

48. En relación con el diálogo, la Sala estima que el modelo de educación inclusiva requiere espacios de participación de todos los actores involucrados en la educación de personas en situación de discapacidad para conocer algunas de sus características, sus ventajas y sus desafíos. La educación inclusiva no se percibe como un modelo impositivo, al contrario, es un enfoque que invita a que toda la sociedad implemente mecanismos que aseguren de forma real y efectiva la igualdad de las personas en situación de discapacidad en el plano educativo.

Como se destacó en las consideraciones de esta sentencia el enfoque inclusivo propone grandes retos de transformación del paradigma de atención a personas en situación de discapacidad. Su puesta en marcha se extiende a la sociedad, a las personas destinatarias de esta educación y a sus familias. Por ello, es indispensable crear escenarios participativos, informativos y de diálogo sobre las mejores formas de protección para los derechos de esta población. Si bien el Estado tiene un papel principal en la eliminación de las barreras discriminatorias, este proceso debe integrar a toda la sociedad y no puede ser ajeno al pensamiento valioso de las personas involucradas, pues como se señaló, no es posible eliminar las barreras que generan discriminación sobre la construcción de otros obstáculos al diálogo entre interlocutores diferentes.

49. Dicho lo anterior, en respuesta al problema jurídico planteado inicialmente, la Sala considera que las acciones del Ministerio desde su función de adoptar la política pública educativa, así como de supervisión y vigilancia, se ha orientado correctamente a asegurar la educación inclusiva. No se observa que en el caso del hijo de la peticionaria, esa dirección general de política pública vulnere sus derechos fundamentales. Al contrario, la política se enfoca en hacer una serie de ajustes razonables en el funcionamiento tradicional del sistema educativo para asegurar la igualdad de condiciones y la no discriminación de las personas en situación de discapacidad que han estado relegadas de los espacios educativos.

50. Finalmente para apuntar al objetivo de participación e información sobre la educación inclusiva, se instará al Ministerio de Educación a que refuerce su estrategia de diálogo con los actores involucrados en la educación de personas en situación de discapacidad, es decir, los colegios, las familias, la sociedad, las ONGs, las instituciones del Estado con competencias al respecto, los profesionales y, por supuesto, las personas en situación de

discapacidad, para que participen de espacios en los que se les informe sobre el modelo de educación inclusiva, se resuelvan sus dudas, se explique su funcionamiento y se conozcan sus opiniones.

51. El segundo problema planteado consiste en establecer si ¿el Ministerio de Educación amenaza los derechos a la educación y a la igualdad del hijo del accionante al evaluar la calidad de los colegios bajo la exigencia de demostrar un puntaje superior a los 20 percentiles en las pruebas SABER?

52. En este punto la Sala también analizará las acciones del Ministerio de Educación en relación con la dirección de la política pública de la educación, a la luz del contenido del derecho del hijo de la peticionaria. En especial, su componente de calidad.

53. Como se expuso, una de las características del derecho a la educación es la aceptabilidad, que se refiere a las condiciones de forma y de fondo del servicio y a la garantía de calidad. Esta Corporación ha sostenido que la calidad tiene que ver con los objetivos de aprendizaje que se trazan en una política educativa. También ha verificado que algunos de los criterios de calidad implican una buena planta docente y una prestación del servicio en óptimas condiciones, que reconozca los contextos diferentes y se comprometa a adelantar acciones para garantizar el acceso al derecho en las mejores condiciones[86]. Asimismo, para personas en situación de discapacidad es indispensable que se realicen ajustes razonables que permitan el acceso a los contenidos de la clase en igualdad de condiciones para la potencializar sus propias capacidades, como por ejemplo los apoyos pedagógicos y la adaptación de currículos, entre otros.

Ahora bien, la evaluación de la calidad implica adoptar un método para conocer si se cumplieron las metas trazadas inicialmente. Estas metas se enmarcan en los objetivos del aprendizaje que trazan las instituciones educativas, los docentes y las familias, como objetivos en la formación de los niños y las niñas, dado que aquellos tienen autonomía en la dirección de la educación. Además, pueden responder a lineamientos de expertos.

Como se indicó líneas atrás, en el estudio temático sobre el derecho de las personas en situación de discapacidad a la educación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2013, “el aprendizaje cognitivo es un indicador de la educación de calidad, pero no es el único. Los métodos de evaluación deben basarse en los objetivos propuestos para

la educación y tener en cuenta las distintas dimensiones que definen una educación de calidad.”[87]

En ese sentido, el Estado tiene una importante labor para asegurar que los planteles reúnan tales condiciones y para que las evaluaciones que haga de los mismos respondan a los criterios de lo que implica una educación de calidad en el aula.

54. Al respecto, la Sala estima que la evaluación de los planteles educativos a partir de los resultados de las pruebas de Estado es un método que puede resultar insuficiente para determinar si en un centro educativo inclusivo se cumplieron las metas de calidad trazadas en un principio. Las pruebas SABER son una herramienta importante para la medición de determinado tipo de enseñanza, sin embargo, es posible que la formación en otras habilidades que pueden recibir algunas personas en situación de discapacidad en el aula de clase, no puedan ser comparadas bajo ese criterio. Por lo tanto, cuando al centro educativo se le evalúa según los puntajes obtenidos por sus estudiantes, el resultado puede no demostrar necesariamente la calidad de los procesos educativos. La repercusión de este desajuste consiste en que si los municipios requieren contratar instituciones de educación inclusiva, aunque la institución cuente con excelentes ajustes razonables, es posible que esto no se vea reflejado a través del parámetro de evaluación diseñado para la mayoría de la población.

Sin cuestionar la metodología de la prueba SABER, este despacho observa que la evaluación de los planteles basada en este examen indaga por un determinado tipo de capacidades. De hecho, de acuerdo con el Decreto 1875 de 2015, para los colegios que deseen postularse en el Banco de Oferentes, la exigencia de calidad se concentra en superar un puntaje superior a los 35 percentiles en las áreas de matemáticas y lenguaje. En consecuencia, no estudia otras características asociadas a la calidad, como son el perfil profesional de los docentes y la forma de prestación del servicio educativo inclusivo. Claramente, privilegia un conocimiento determinado, que incluso se especifica en áreas del conocimiento, entre muchas que existen, que proviene de una determinación del director de la política pública que indica cuál es la experticia que deben tener los estudiantes en nuestra sociedad.

Sorprende también que si el ordenamiento colombiano en los decretos que reglamentan el

servicio educativo ha reconocido que la evaluación del desempeño académico de una persona en determinada situación de discapacidad se debe ajustar a los contenidos impartidos, en el nivel global de medición de los planteles no se aplique tal ajuste.

55. A juicio de la Sala, la inclusión no debe ocurrir solo en el aula de clase, debe permear toda la política pública de educación. La idea de inclusión no es un método para incorporar a una o dos personas a un salón de clases, es un enfoque más amplio de reconocimiento de capacidades diversas que concurren en un sitio de enseñanza para potenciar sus habilidades y que involucra el mismo concepto de los centros educativos. Por lo tanto, no basta con asegurar una igualdad de condiciones dentro del salón y luego, medir con un estándar excluyente al colegio.

La forma de evaluación de los planteles, como lo dispone el Decreto 1851 de 2015, desincentiva la educación inclusiva porque al evaluar la idoneidad de conformidad con las pruebas SABER, que no son un método adecuado para valorar el conocimiento de personas con diferencias de aprendizaje, de forma indirecta premia que no se incluyan a estos estudiantes en las instituciones regulares. Además, eventualmente puede generar también que las instituciones que tengan un servicio educativo adecuado, de calidad y apto para abordar la educación de los niños y las niñas en situación de discapacidad, no podrían ser contratadas por no tener un nivel determinado en las pruebas estatales.

No obstante, como se advirtió, las pruebas SABER persiguen evaluar determinados tipos de conocimientos y no le consta a la Sala que esta herramienta sea equivocada para ello. El problema radica en que algunos aspectos esenciales para evaluar la calidad de la educación inclusiva no son tenidos en cuenta. Por ello, se considera que factores como la idoneidad de la planta docente y la prestación del servicio de educación inclusiva también deben ser tenidos en cuenta por el Ministerio de Educación a fin de evaluar los colegios a los que podrían acceder personas en situación de capacidad que requieran ajustes razonables para su educación.

56. En relación con el argumento esgrimido inicialmente por el Ministerio de Educación en el trámite de la acción de tutela, que sostenía que a los colegios privados que atienden población con necesidades educativas especiales no se les exigía tener un puntaje superior a 20 percentiles en las pruebas SABER para ser parte del Banco de Oferentes –dispuesto

en el Decreto 1851 de 2015 para las contrataciones del año 2015-, la Sala desea precisar lo siguiente:

No es claro que la Circular 066 de 2015 exima la aplicación del Decreto 1851 de 2015, pues indica que sus disposiciones se aplicarán excepcionalmente a las instituciones que abordan necesidades educativas especiales y, además, no es precisa. En todo caso, si las disposiciones sobre contratación no se aplican, subsiste una duda sobre la forma en la que se garantiza que los planteles educativos que contrate el Estado para personas en situación de discapacidad sean de calidad, pues eliminar el método de evaluación para esta población no es la mejor decisión para asegurar la protección de su derecho. El propósito es exigir un requisito de calidad que tenga en cuenta la diversidad de los estudiantes, si existen planteles inclusivos y cómo funcionan. Ahora bien, si la norma se aplica, es posible que se desconozcan las diversas capacidades desarrolladas por los estudiantes en situación de discapacidad al no ser tenidas en cuenta bajo ese método evaluativo, con los efectos antes mencionados.

57. Como se evidenció en la sentencia T-119 de 2014 en el caso de un joven autista con buen rendimiento académico al que se le exigía un nivel específico en las pruebas de Estado que no podía lograr debido a las dificultades de aprendizaje que padecía, es importante tener en cuenta que las exigencias en torno a la evaluación de la calidad no se logran con el mismo método o la misma exigencia. Además, como advirtió la sentencia T-598 de 2013, cuando a un niño con dificultades visuales se le proporcionó un kit para personas con nula visión, para apoyar la presentación de la prueba, las medidas del Estado deben tener en cuenta la situación de los destinatarios. Si bien estos casos se ocupaban de la evaluación de estudiantes, son relevantes porque la calificación de la institución se otorga con base en los resultados de las pruebas presentadas por cada uno de ellos. A partir de sus reglas, podría sostenerse que no se puede evaluar igual a un plantel inclusivo y a otro que no lo es. Es posible evaluar a través del parámetro de la prueba SABER, no obstante, junto con dichos resultados, debe existir una caracterización mínima que examine los resultados a la luz de las características de las instituciones.

En esa medida, la Sala considera que el método de evaluación de los planteles carece de índices que tengan en cuenta la calidad de educación inclusiva. Sin replantear la forma de medición de conocimiento de las pruebas SABER, se observa que éstas se enfocan a cierto

tipo de habilidades, e incluso, de áreas. Por lo tanto, omitir otros factores relevantes para evaluar los planteles inclusivos puede desconocer el trabajo de calidad que realizan.

58. En consecuencia, la Sala destaca que el Ministerio de Educación, quien tiene a su cargo de función de inspección y vigilancia de los colegios, así como la formulación de la política pública de educación, debe tener en cuenta los criterios de calidad diferenciados para evaluar los planteles inclusivos que cumplen con las características de idoneidad para atender a la población en situación de discapacidad, so pena de afectar el derecho a la educación de un menor de edad, como el hijo de la accionante, de acudir a colegios idóneos que prestan un servicio de calidad pero que pueden no ser identificados con el parámetro de evaluación de las pruebas SABER.

Por lo tanto, se ordenará al Ministerio de Educación crear un método de evaluación de planteles educativos que se presentan en el Banco de Oferentes, que sea inclusivo y tenga en cuenta los logros de algunas instituciones frente al proceso de enseñanza de las personas en situación de discapacidad que asisten a sus aulas. Para ello, se considera que, por ejemplo, son índices de calidad de educación inclusiva: la capacidad de los profesores, los apoyos pedagógicos que se prestan en el aula y el trabajo que se hace con la comunidad estudiantil sobre la diversidad de capacidades. Finalmente, se ordenará al Ministerio que cumpla esta orden en un plazo no mayor a seis meses e informe su resultado al juez de primera instancia que se encargará del seguimiento de la presente sentencia.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo del 29 de enero de 2016, de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, que negó la tutela promovida por la señora Margarita María Atehortúa Ortega contra el Ministerio de Educación, en cuanto a la pretensión para que se asegure educación especial a su hijo. MODIFICAR para CONCEDER PARCIALMENTE la misma acción de amparo, en relación con la solicitud dirigida a que el Ministerio de Educación tenga en cuenta un enfoque inclusivo en la evaluación de

las instituciones educativas que pretenden contratar con las entidades territoriales.

SEGUNDO.- ORDENAR que en un plazo no mayor a seis (6) meses, el Ministerio de Educación deberá crear un método de evaluación de planteles educativos que se presentan en el Banco de Oferentes, que sea inclusivo y tenga en cuenta los logros de algunas instituciones frente al proceso de enseñanza de las personas en situación de discapacidad que asisten a sus aulas. Lo anterior no implica desconocer las pruebas de Estado, sino que, además de éstas, la entidad debe caracterizar las calidades de educación inclusiva de las instituciones que concurran al Banco de Oferentes.

El Ministerio de Educación deberá informar el resultado de su gestión con respecto al cumplimiento de la anterior orden al juez de primera instancia, quien que se encargará de su seguimiento. El informe debe ser presentado una vez cumplida la orden, que no puede ser superior a seis (6) meses contados después de la notificación de la presente sentencia.

TERCERO.- INSTAR al Ministerio de Educación para que implemente una estrategia de diálogo más eficaz, bajo su dirección, que permita que los actores involucrados en la educación de personas en situación de discapacidad, es decir, los colegios, la sociedad, las ONGs, las instituciones del Estado con competencias al respecto, los profesionales dedicados a la educación inclusiva y, por supuesto, a las personas en situación de discapacidad y sus familias, participen de espacios en los que se les informe sobre el modelo de educación inclusiva, se resuelvan sus dudas, se explique su funcionamiento y se conozca su opinión.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Acción de tutela. Folio 1.

[2] Acción de tutela. Folio 2.

[3] Acción de tutela. Cuaderno No. 2. Folio 1.

[5] No obra en el expediente, la respuesta de la entidad. Sin embargo, la accionante no aduce no haber obtenido respuesta.

[6] La accionante aduce actuar como agente oficioso de su hijo y 104 niños, niñas y jóvenes, estudiantes del Colegio Integrado Los Laureles y en el Gimnasio Campestre El Tesoro. Para el efecto, aporta la identificación de cada uno de los menores de edad, la identificación de su representante y su historia clínica. En general, los diagnósticos clínicos a los que hace referencia la accionante son: capacidad intelectual limítrofe, síndrome de Arnold-Chiari, trastorno con déficit de atención, hiperactividad, trastorno hiperkinético de la conducta, autismo, retardo en el desarrollo cognitivo, síndrome oposicionista desafiante, trastornos de ansiedad, síndrome de Asperger, parálisis cerebral infantil, síndrome epiléptico, dificultades en el aprendizaje, síndrome de dependencia, retraso mental moderado, trastorno del sueño, trastorno del lenguaje. Asimismo, se indica que uno de los niños tiene una capacidad intelectual superior. (Folios 8 a 19).

[7] Acción de tutela. Cuaderno No. 2. Folio 2.

[8] Acción de tutela. Cuaderno No. 2. Folio 2.

[9] Acción de tutela. Cuaderno No. 2. Folio 2.

[10] Acción de tutela. Folio 8.

[11] En esa ocasión, el Juzgado negó la acción de tutela del señor Sergio Albeiro Ortega Echeverri, en calidad de agente oficioso de 105 niños y conminó a la Secretaría de Educación de Envigado a que si existen niños que requieran una educación especializada, les brinde la educación inclusiva y especial, además, brinde un tratamiento especial en el interior de las instituciones educativas oficiales, a quienes lo requieran. (Folio 56)

[12] El Ministerio anunció que adjuntaría la Circular 066 de 2015, pero la misma no se encuentra en el expediente.

[13] Como constancia de ello, la Secretaría de Educación de Envigado aportó copia del registro del Sistema Integrado de Matrículas -SIMAT- del niño Sebastián Rendón como estudiante del Colegio Integrado Laureles. Cuaderno principal. Folio 43.

[14] Respuesta de la Secretaría de Educación y Cultura del Envigado. Cuaderno principal. Folio 2.

[15] Respuesta del Colegio Integrado Los Laureles.

[16] Cuaderno principal. Folio 87.

[17] Cuaderno principal. Folio 87.

[18] Cuaderno principal. Folio 88.

[19] Escrito del Programa de Acción por la Igualdad y la inclusión Social (PAIIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Cuaderno principal. Folio 91.

[20] Folio 110.

[21] Folio 97.

[22] Folio 119.

[23] Folios 8 a 19 del primer cuaderno.

[24] Acción de tutela. Folio 8.

[25] En esa ocasión, el Juzgado negó la acción de tutela del señor Sergio Albeiro Ortega Echeverri, en calidad de agente oficioso de 105 niños y conminó a la Secretaría de Educación de Envigado a que si existen niños que requieran una educación especializada, les brinde la educación inclusiva y especial, además, brinde un tratamiento especial en el interior de las instituciones educativas oficiales, a quienes lo requieran. (Folio 56)

[26] Sentencia T-245 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[28] Sentencia T-1130 de 2008 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-170 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto).

[29] Ver las sentencias T-699 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-170 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-634 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

[30] Estas consideraciones fueron expuestas en la sentencia T-036 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[31] Corte Constitucional, sentencia T-546 de 2014

[32] Ver las sentencias C-155A de 1993 y T-883 de 2001.

[33] Acción de tutela. Folio 8.

[34] Ver también T-306 de 2015, T-955 de 2013, T-632 de 2013 y T-613 de 2007, entre otras.

[35] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[36] Ver sentencia T-705 de 2013. También ver sentencias T-408 de 1995 y T-139 de 2016.

[37] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[38] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

[40] Sentencia T-779 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt. T-476 de 2015

[41] Sentencias C-376 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-139 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[42] Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

[43] El artículo 13 del Pacto señala: “a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. (...)”

[44] Observación General No. 13 del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, sobre educación. 1999.

[45] Corte Constitucional, sentencia T-051 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sentencia T-743 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

[46] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[47] Educación para todos, el imperativo de la calidad. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO, 2004.

[48] Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre

otras.

[49] El artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. (...) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones”

[50] El artículo 13 del Pacto internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales establece: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.” 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.” 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de

enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (...)".

[51] Los artículos 28 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño señalan: "Artículo 28. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; (...) d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. 2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. (...)". // El Artículo 29 dispone que "1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) (...); d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; (...)".

[52] Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. 18 de diciembre de 2013.

[53] Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. 18 de diciembre de 2013.

[54] Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. 31 de agosto de 2016.

[55] El Comité efectuó las siguientes recomendaciones: "a) Adopte un plan nacional para

transformar el sistema hacia la educación inclusiva y de calidad para todas las personas con discapacidad, en todos los niveles, asegurando la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en la educación; b) Garantice el cumplimiento por ley del derecho a la educación inclusiva, incluyendo mediante la adopción de una política de no rechazo en las escuelas públicas y privadas, y que redoble esfuerzos por matricular a todas las personas con discapacidad, particularmente aquellas que requieran un apoyo más intenso, en las zonas rurales, y más remotas; c) Garantice la accesibilidad de los entornos, los ajustes razonables, y el otorgamiento de materiales y técnicas pedagógicas accesibles a estudiantes con discapacidad, incluyendo el Braille y la lengua de señas colombiana; d) Garantice que la educación inclusiva y los derechos de las personas con discapacidad sean un componente fundamental de la formación de docentes en sus carreras, desde el principio y que sea obligatoria en la capacitación de los maestros antes y durante el ejercicio de sus funciones; e) El Comité recomienda que el Estado parte se guíe por el artículo 24 de la Convención para el cumplimiento de las metas 4.1, 4.5 y 4.a del ODS número 4.”

[56] Artículo 46 de la Ley 115 de 1994.

[57] Artículo 47 de la Ley 115 de 1994.

[58] Artículo 6 y 8 del Decreto 2082 de 1996.

[59] Artículo 2.3.3.5.1.2.1 del Decreto 1075 de 2015.

[60] Artículo 2.3.3.5.1.2.3 del Decreto 1075 de 2015.

[61] Artículo 2.3.1.3.3.5. del Decreto 1075 de 2015.

[62] Artículo 2.3.1.3.3.7. del Decreto 1851 de 2015.

[63] Corte Constitucional, sentencia T-429 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

[64] García, Sotelo, Gilda María. Tesis Doctoral: El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y los niños con discapacidad en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Disponible en: “http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22803/tesis_gm_garcia_sotelo_2016.pdf?s

equence=1”

[65] García, Sotelo, Gilda María. Tesis Doctoral: El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y los niños con discapacidad en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Retoma GARCIA, Juan, Educación especial e integración escolar.

[66] Palacios, Agustina. “El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” Grupo Editorial CINCA. 2008.

[67] Palacios, Agustina. “El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” Grupo Editorial CINCA. 2008. Disponible en: <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/Cermi.es/Lists/Coleccion/Attachments/64/Elmodelo-social-de-la-discapacidad.pdf>.

[68] ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 24. “2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que: a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;” (Subrayado propio).

[70] San Martín, C. (2011). ¿ Dónde y cuándo proporcionar apoyos pedagógicos para facilitar los procesos de inclusión. Revista Latinoamericana de Inclusión Educativa, 5(2), P. 174.

[71] San Martín, C. (2011). ¿ Dónde y cuándo proporcionar apoyos pedagógicos para facilitar los procesos de inclusión. Revista Latinoamericana de Inclusión Educativa, 5(2), P. 175.

[72] San Martín, C. (2011). ¿ Dónde y cuándo proporcionar apoyos pedagógicos para facilitar los procesos de inclusión. Revista Latinoamericana de Inclusión Educativa, 5(2), P. 179.

[73] En la sentencia T-794 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), esta Corporación estudió el caso de una mujer que presentó acción de tutela en representación de su hija menor de edad, diagnosticada con “retardo” en el desarrollo del lenguaje, hiperactividad y microcefalia. Requería tratamiento integral y educación en una institución especializada. En esa ocasión, los médicos recomendaron que la niña recibiera educación regular en una institución inclusiva. Además, sugirió un programa de apoyo. La Corte consideró que, en efecto, la educación inclusiva es una garantía que debe brindar la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial. En la misma decisión, esta Corporación ordenó a la Secretaría de Educación Municipal y a la Secretaría de Educación Departamental determinar de acuerdo con su plan educativo institucional cuál era la mejor alternativa de educación inclusiva que se le podía brindar a la niña. En caso de que no tenga una institución con las condiciones requeridas, debería matricular a la menor de edad en el centro recomendado por el médico tratante, con cargo a la Secretaría de Educación del Municipio, dados los escasos recursos económicos de la accionante. Igualmente, se ordenó al Ministerio de Educación Nacional y al Ministerio de la Protección Social crear una mesa de trabajo con participación de la Procuraduría, la sociedad civil, ONGs, asociaciones de padres de familia, entre otras, para adoptar e medidas relacionadas con la realización de ajustes razonables, la coordinación entre las EPS y las entidades territoriales para asegurar la prestación de los derechos a la salud y a la educación.

[74] En la sentencia T-051 de 2011, (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte estudió la tutela de un joven sordomudo que estaba matriculado en la Escuela Normalista Superior y requería un profesor intérprete para poder acceder en iguales condiciones a los contenidos que se enseñaba a los estudiantes. En el fallo, esta Corporación analizó que el peticionario era una persona en situación de discapacidad, que no contaba con los recursos económicos para contratar un intérprete y que varios estudiantes de la misma institución necesitaban un docente intérprete y así lo habían solicitado a la Alcaldía. La Sala consideró que en el caso concreto estaba probada la vulneración del derecho a la educación del accionante, pero advirtió que varios estudiantes estaban en la misma situación. Al estudiar la política de educación, sostuvo que ésta generaba una discriminación de forma indirecta porque aunque aparentemente busca combatir la discriminación en el aula escolar, las condiciones que estipula obstaculizan la garantía del derecho a la educación, pues señala que el intérprete de señas se contratará cuando exista al menos 10 personas que lo necesiten. Por lo tanto, decidió inaplicar la norma y ordenó al municipio hacer las planeaciones necesarias

y adoptar las medidas presupuestales que garanticen que el accionante y otras personas en similares situaciones cuenten con un intérprete. Sugirió que si las familias pueden cofinanciar los costos de tales contrataciones, siempre que cuenten con los recursos y no afecten su mínimo vital. También exhortó al Ministerio de Educación Nacional para que examine las falencias que tiene la implementación del Decreto 366 de 2009 y adopte los correctivos pertinentes.

[75] En la sentencia T-139 de 2013[75], la Corte estudió la acción de tutela presentada por la madre de una menor de edad con discapacidad porque Acción Social le dejó de pagar el subsidio al que consideraba que tenía derecho porque su hija no estaba inscrita en los programas de educación formal. La accionante sostuvo que su hija acudía al Centro de Rehabilitación Madre de Dios de Monserrat, por lo que, en su criterio, sí cumplía con el requisito de educación. Sobre este asunto, la Corte consideró que la atención que recibía la niña no configuraba un programa de educación regular, al que debía asistir para acceder a todos los contenidos pedagógicos que reciben todos los niños y las niñas. El apoyo pedagógico que le prestaba el Centro era una aporte importante para el desarrollo integral de la menor de edad, pero no tenía las características para cumplir con el requisito de recibir la educación formal. Máxime, porque los médicos no han indicado que la niña no pueda estar inserta en una institución educativa regular. En consecuencia, se ordenó a la Secretaría de Educación municipal que la niña “sea inscrita en una institución educativa formal de preferencia inclusiva”. Finalmente, en relación con la entrega del subsidio, sostuvo que la entidad no debió retener la entrega del apoyo económico, sin antes explicar a la madre de la accionante la forma en la que se debía cumplir el requisito de escolarización.

[76] M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[77] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[78] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[79] Corte Constitucional, sentencia T-390 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

[80] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[81] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[82] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[83] M.P. María Victoria Calle Correa.

[84] ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ¿Por qué una Convención?”. En: <http://www.un.org/spanish/disabilities/convention/qanda.html>. Última consulta: 16 de septiembre de 2016.

[85] Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. 18 de diciembre de 2013.

[86] Corte Constitucional, sentencia T-743 de 2013. M.P. Luis Eduardo Vargas Silva.

[87] Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. 18 de diciembre de 2013.