

Sentencia T-805/07

DERECHO A LA EDUCACION-Doble connotación

DERECHO A LA EDUCACION DEL MENOR-Carácter fundamental

DERECHO A LA EDUCACION-Deber estatal de garantizarlo

DERECHO A LA EDUCACION-Deber estatal de poner a disposición una infraestructura y un plan de educación para menores entre los 5 y los 15 años de edad

DERECHO A LA EDUCACION-Deber estatal de garantizar el cumplimiento de los 4 criterios esenciales que lo caracterizan

DERECHO A LA EDUCACION-Herramienta imprescindible para hacer efectivos otros derechos fundamentales

Entendida la educación como un derecho de toda persona y como un servicio público con las referidas características, es pertinente retomar el planteamiento hecho anteriormente, en el sentido de señalar que la educación como derecho es una herramienta imprescindible para hacer efectivos otros derechos fundamentales como i) la igualdad, en cuanto rompe con las diferencias naturales y pone a disposición de todas las personas las mismas oportunidades para su desarrollo personal y familiar; ii) es base fundamental para generar equidad social por cuanto es fundamento filosófico inspirador del andamiaje normativo constitucional vigente que se orienta hacia la consecución de un orden justo en lo político, económico y social, como derecho esencial e inherente a los seres humanos; iii) al libre desarrollo de la personalidad (art. 16), por cuanto amplifica todas las potencialidades de la persona al descubrir mediante el acceso a la educación diferentes facetas de su personalidad; iv) a la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26), por cuanto permite que en una etapa más avanzada de su proceso de desarrollo humano y en especial de formación académica, la persona puede orientar todas sus capacidades para desarrollar una actividad de manera específica, sea esta profesional o no; v) a la dignidad por cuanto permite que la persona se supere como ser humano rebasando sus limitaciones, cualquiera que estas hubieren sido en un principio.

DERECHO A LA EDUCACION DEL NIÑO-Fundamental

DERECHO A LA EDUCACION-Desarrollo progresivo

DERECHO A LA EDUCACION-Límites formales, inclusivos y no excluyentes respecto a los años mínimos de instrucción y a las edades de la población estudiantil

Es claro, que los límites tanto de años mínimos de instrucción que deben ser garantizados por el Estado, como el rango de edades de la población estudiantil a la cual esta dirigida la educación básica, son límites formales, inclusivos y no excluyentes a partir del cual debe el Estado desarrollar una política organizada, consistente y continua en el tiempo que haga efectivo el derecho a la educación básica.

DERECHO A LA EDUCACION-Desarrollo progresivo

EDUCACION PREESCOLAR-Desarrollo legislativo

DERECHO A LA EDUCACION DEL MENOR-Obligación del Estado de brindarla entre los 5 y los 15 años

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGITIMA-Se vulneró por cuanto se permitió preinscripción de menor de 5 años a preescolar

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

Referencia: expediente T-1480750

Acción de tutela instaurada por María Victoria Morinelly Delgado, en representación de su hija menor de edad Isabella Valentina Rosero Morinelly, contra el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil siete (2007).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Catalina Botero Marino y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo de primera y única instancia dictado por el Tribunal Administrativo de Nariño - Sala Primera de Decisión, en el trámite de la acción de tutela de la referencia.

### I. ANTECEDENTES

La ciudadana María Victoria Morinelly Delgado interpuso acción de tutela el 8 de septiembre de 2006 contra el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto, con el objeto de que se amparen los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, en favor de su menor hija Isabella Valentina Rosero Morinelly.

#### 1.1 Hechos

1. La niña Isabella Valentina Rosero Morinelly nació el día 11 de junio de 2003, de manera que a la fecha de interposición de la acción de tutela, tenía 3 años de edad.
2. El jardín infantil INEM de la ciudad de Pasto, venía prestando regularmente el servicio de preescolar en los niveles de pre-jardín, jardín y transición para niños y niñas de 3 a 6 años.
3. Por tal motivo, la señora Morinelly Delgado solicitó al Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM, la preinscripción de su hija para ingresar a dicha institución académica en el período académico 2006 - 2007.
4. Sin embargo, el alcalde del municipio de Pasto informó a la comunidad que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 1515 de 3 de julio de 2003, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, los menores de cinco años no podrían acceder al servicio público de educación, pues el artículo 3º, literal c) de dicho acto administrativo dispone: “[a]segurar que la edad mínima para ingresar al grado de transición sea de 5 años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”. Y por ello no se permitiría la matrícula de los menores que no cumplieren con dicho requerimiento, en razón a la falta de los recursos

necesarios para asumir el costo de la nómina, así como los demás gastos de funcionamiento necesarios para prestar dicho servicio.

5. Finalmente, destaca la actora que los padres de los menores entre 3 y 5 años de edad que no poseen recursos para sufragar el costo de la educación en una institución privada, siempre han recurrido al Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa Municipal “MARIANO OSPINA” INEM, la cual ha prestado los servicios educativos en los niveles de pre-jardín, jardín y transición por espacio de más de treinta y tres (33) años, y no es en consecuencia aceptable, que los mismos se suspendan en cumplimiento de una decisión del Ministerio de Educación Nacional.

## 1.2 Solicitud de tutela

Vistos los anteriores hechos, la actora solicita que se tutelen los derechos invocados al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la educación y, en consecuencia pide que (i) se ordene al Ministerio de Educación Nacional autorizar al municipio de Pasto la prestación de los servicios educativos de preescolar en los cursos pre-jardín y jardín, a través del Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa Municipal “Mariano Ospina Rodríguez” INEM; y solicita igualmente (ii) que se ordene al Ministerio de Educación Nacional y al municipio de Pasto que, con cargo a su presupuesto, se realicen las transferencias de los recursos necesarios para la prestación de los servicios mencionados hasta que su hija ingrese al grado de transición.

## 1.3 Intervención de las entidades demandadas

### 1.3.1. Alcaldía municipal de Pasto - Secretaría de Educación

En escrito presentado el 22 de septiembre de 2006, la Alcaldía del municipio de Pasto, mediante apoderado, señaló que en el presente caso no ha incurrido en la vulneración de los derechos fundamentales de la menor Isabella Valentina Rosero Morinelly en tanto se ha limitado a dar aplicación a la normatividad vigente que regula el sistema educativo colombiano.

- Señala que según lo dispuesto en el artículo 67 de la Constitución Política, la educación será obligatoria entre los cinco (5) y los quince (15) años de edad, y comprenderá, como

mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica, de lo cual resulta claro, a su juicio, que el Estado tiene la obligación de garantizar la prestación gratuita para los menores entre las edades referidas y en los niveles allí estipulados, con exclusión de los grados de pre-jardín y jardín. De esta manera, es claro que los actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional, como lo es la Resolución No. 1515 del 3 de julio de 2003, ha sido expedido con fundamento en tal precepto superior. Así, el referido acto ha dispuesto lo siguiente:

“CRITERIOS GENERALES PARA LA ASIGNACIÓN DE CUPOS ESCOLARES: los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, al definir los criterios de asignación de cupos y matrícula en su jurisdicción tendrán en cuenta como mínimo los siguientes criterios, sin perjuicio de los criterios adicionales que respondan a las necesidades y particularidades de cada región.

“c) Asegurar que la edad mínima para ingresar al grado de transición sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar”.

- De otra parte, el apoderado de la Alcaldía municipal de Pasto sostuvo que el Estado cuenta con otros espacios para atender a los niños desde los cero (0) y hasta los seis (6) años de edad, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF-, institución ésta que cuenta en la actualidad con más de 450 hogares en la ciudad de Pasto, los cuales ofrecen actividades pedagógicas y lúdicas dirigidas a niños menores de cinco (5) años.

- Se reconoce que el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa Municipal “Mariano Ospina Rodríguez” INEM, prestó del servicio de educación en los niveles de pre-jardín y jardín para niños de tres (3) y cuatro (4) años de edad, pero justifica la suspensión de este servicio educativo en este nivel y rango de edades, en la necesidad de que el municipio de Pasto ajuste tal servicio a la normatividad referida, esto es, el artículo 3°, literal c) de la Resolución No. 1515 de 2003, expedida por el Ministerio de Educación, lo cual impide continuar prestando tal servicio para el período lectivo 2006 - 2007.

- Finalmente, se señala, que el municipio de Pasto no ha vulnerado ningún derecho a la niña Isabella Valentina Rosero Morinelly, como quiera que no se ha negado su acceso a la educación, por cuanto ésta tendrá derecho a ser inscrita al curso de transición cuando tenga la edad mínima requerida, momento en el cual tendrá la posibilidad de ser admitida en el jardín al cual aspiraba a matricularse, o en su defecto en el Establecimiento Educativo San

José Bethlemitas que también presta el servicio de transición, el cual se localiza igualmente, en el sector en que reside la accionante.

### 1.3.2. Ministerio de Educación Nacional

Esta entidad no dio contestación a la presente acción de tutela.

## II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Conoció el Tribunal Administrativo de Nariño - Sala Primera (1ª) de Decisión, el cual en sentencia del 28 de septiembre de 2006 decidió denegar el amparo solicitado. Consideró el juez de primera y única instancia, que en este caso las entidades demandadas no han vulnerado los derechos fundamentales de la menor Isabella Valentina Rosero Morinelly.

Señala que si bien en ocasiones anteriores había concedido el amparo en acciones de tutela iguales a la que ahora tiene bajo su conocimiento, en esta oportunidad rectifica su posición con base en un pronunciamiento de la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado<sup>2</sup> que revocó el amparo concedido por el Tribunal en otra oportunidad. Hace referencia, de todas maneras, al fallo de la Sección Cuarta del Consejo de Estado<sup>3</sup> que confirmó la protección del amparo deprecado en un caso similar al presente.

De igual manera, indica que en acatamiento del precedente sentado por el Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2005 en un caso similar, estima que debe excluirse al Ministerio de Educación Nacional como responsable de la presunta vulneración de los derechos de la niña, pues “la obligación de prestar el servicio educativo que reclama la accionante radica en el Municipio de Pasto y no en el Ministerio de Educación Nacional”.

Reconstruyó, de esta manera, la argumentación expuesta por la Sección Segunda - Subsección B del Consejo de Estado y acogió las explicaciones dadas por el apoderado de la Alcaldía de Pasto, por lo cual concluyó que la prestación del servicio en el nivel de preescolar únicamente es obligatoria en el nivel de transición para niños de cinco (5) años y que únicamente lo será respecto de los otros niveles de preescolar “cuando deba ampliarse la cobertura del servicio por presentarse las condiciones señaladas en el artículo 18 de la Ley 115 de 1994”, pero que respecto del municipio de Pasto aún no ha surgido la obligación de prestar el servicio en los grados de pre-jardín y jardín, pues no cuenta con los recursos

necesarios para ello, y de continuar con su prestación, se generaría un desfase presupuestal que afectaría la prestación del servicio a toda la población infantil del municipio. Adicionalmente, se puso de presente la existencia de hogares del ICBF que prestan el servicio para niños menores de cinco (5) años, de lo cual infiere que los derechos de la niña Isabella Valentina Rosero Morinelly no quedan desprotegidos.

\* Folio 6, fotocopia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Isabella Valentina Rosero Morinelly, en el que consta que la menor nació el 11 de junio de 2003, contando entonces con tres (3) años y tres (3) meses de edad, para la fecha en que la acción de tutela fue promovida.

\* Folio 7, fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María Victoria Morinelly Delgado, madre de la menor Isabella Valentina.

#### IV. ACTUACIÓN CUMPLIDA POR LA CORTE

Mediante Auto de fecha 20 de marzo de 2007, ésta Sala de Revisión consideró que se requería información más completa y precisa respecto de la disponibilidad presupuestal del Municipio de Pasto para la prestación del servicio de educación en planteles públicos en los niveles de pre-jardín y jardín respecto de niños y niñas de tres (3) y cuatro (4) años de edad.

Para ello, se planteó un cuestionario, al cual debía dársele respuesta en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la notificación del respectivo auto de pruebas. Las preguntas fueron las siguientes:

i. Cuántos jardines de carácter público hubo o hay en la actualidad en la ciudad de Pasto, que ofrecieron u ofrecen el servicio de preescolar en los niveles de pre-jardín y jardín para niños y niñas de tres (3) y cuatro (4) años.

i. Cuántos niños y niñas era o son atendidos en los niveles de pre-jardín y jardín en establecimientos educativos oficiales en el municipio de Pasto.

i. Exactamente a cuánto ascendía el presupuesto destinado al funcionamiento de dichos jardines para ofrecer el servicio en los grados de pre-jardín y jardín.

i. Durante cuánto tiempo el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez”, INEM prestó el servicio educativo en los niveles de pre-jardín y jardín a los niños y niñas de tres (3) y cuatro (4) años en la ciudad de Pasto.

i. Cuál era la procedencia de los recursos que hacían viable la prestación de dicho servicio de preescolar y que permitían la contratación de la planta profesoral, así como los demás gastos que demandaba el ofrecimiento de dicho servicio público en los niveles de pre-jardín y jardín.

i. Cuáles son las razones específicas que llevaron al municipio de Pasto a suspender la prestación del servicio educativo en los niveles de pre-jardín y jardín para niñas y niños de tres (3) y cuatro (4) años de edad en el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM.

i. Cuál sería el impacto presupuestal que acarrearía para el municipio de Pasto la reanudación de la prestación del servicio de pre-jardín y jardín en el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM. Para dar respuesta a la anterior cuestión, citar cifras y datos concretos precisos que la fundamenten.

En respuesta a los anteriores interrogantes, la Secretaria de Educación Municipal de Pasto, en escrito recibido en la Secretaria de esta Corporación el día 13 de abril de 2006, dio respuesta en los siguientes términos:

“i. Antes de la vigencia de la Resolución 1515 de junio de 2006, existían 10 establecimientos educativos oficiales para niños y niñas de los niveles de pre-jardín y jardín. A partir de esta Resolución, con fundamento en el artículo 3, literal c, para los años lectivos 2004-2005, los niños y niñas menores de cinco años de los niveles de jardín y prejardín fueron atendidos en 4 establecimientos educativos oficiales. En la actualidad esta población recibe atención en el Jardín Infantil Piloto y en la sede Joaquín María Pérez, de la Institución Educativa Municipal MARIANO OSPINA RODRÍGUEZ, en el Colegio Nuestra Señora de las Lajas, perteneciente a la Policía Nacional, calendario A y en la Institución Educativa Municipal Artemio Mendoza Carvajal.

“ii. Actualmente atendemos 254 niños y niñas en jardín y prejardín en la Institución Educativa Municipal MARIANO OSPINA RODRÍGUEZ, 22 en el Colegio Nuestra Señora de las Lajas y 50 en la Institución Educativa Municipal Artemio Mendoza Carvajal. (Negrilla y subraya fuera del texto original).

“iii. No existen datos específicos respecto al presupuesto asignado para atender estos niveles puesto que el presupuesto se apropia en forma global para todo el personal escolarizado, desde el nivel de educación preescolar hasta el del nivel de educación media.

“iv. El jardín Infantil Piloto atiende niños en jardín y prejardín desde el momento de su creación.

“v. En su gran mayoría, los recursos para la atención del nivel de preescolar procedían del Sistema General de Participaciones. Posteriormente, a partir del año 2005, el ente territorial no ha percibido recursos para efectos de atención a esta población por cuanto el Ministerio no reconoce la matrícula de estos menores.

“vi. No podría señalarse de no aceptación en el sistema de nuevos estudiantes menores de cinco años, el hecho es que por efectos de la falta de financiación por no reconocimiento de la matrícula de estos menores por parte del Ministerio de Educación, a los entes territoriales les es difícil acometer esta inversión con recursos propios. Para proceder a ello se espera que

el Ministerio avale el porcentaje de escolaridad en pre-escolar, básica primaria y básica secundaria para acceder a recursos diferentes del Sistema General de Participaciones que deben ser girados por la misma entidad, que permitan la atención a este tipo de población o el Ministerio modifique su política en el sentido de que reconozca a los entes territoriales certificados la matrícula de estos menores en nuestros establecimientos.

“vii. Si tomamos como base el valor per capita básico que asigna la Nación para la atención escolar de cada niño mayor de cinco años, que en el momento asciende a la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS PESOS y se multiplica por el numeral potencial de niños y niñas entre los 3 y los 5 años (10.483) que tiene el municipio por atender, el valor que se debería asumir con recursos propios es de OCHO MIL NOVECIENTOS QUINCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS PESOS. M.L. Si la relación que se hace con el número de estudiantes menores de cinco años actualmente atendidos, el valor es de DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES CIENTO TRECE MIL QUINIENTOS PESOS.

“Además es necesario tener en cuenta que para inversión en calidad educativa, el Ministerio de Educación Nacional asigna un valor básico de CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS por estudiante, que si lo multiplicamos por la población menor de 5 años por atender, el valor ascendería a la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS M.L. que también tendría que asumir o dejar de percibir el Municipio de Pasto.”

## V. DOCUMENTO REMITIDO A LA CORTE POR LA ACCIONANTE

Mediante documento remitido a esta Corporación vía fax el día 15 de agosto del presente año, la señora María Victoria Morinelly Delgado, informa a esta Corporación que el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM del municipio de Pasto, recibió en el grado de pre-jardín a su menor hija Isabella Valentina Rosero Morinelly, razón por la cual la situación escolar de su menor hija ya se solucionó.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo

previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

## 2. Reanudación de los términos suspendidos

Teniendo en cuenta que en virtud de auto dictado el 20 de marzo de 2007 la Sala de Revisión dispuso suspender los términos del proceso mientras se allegaban y se examinaban las pruebas, en esta providencia se ordenará su reanudación.

## 3. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

La señora María Victoria Morinelly Delgado, en representación de su hija menor de edad Isabella Valentina Rosero Morinelly considera que tanto el Municipio de Pasto como el Ministerio de Educación Nacional vulneraron sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de su menor hija, al no prestar el servicio público de educación en los niveles de pre-jardín y jardín, como lo había venido haciendo en años anteriores, con fundamento en la Resolución 1515 de 3 de julio de 2003 del Ministerio de Educación Nacional<sup>4</sup>.

Para reparar la pretendida vulneración pide la accionante se ordene tanto al Ministerio de Educación Nacional como al Municipio de Pasto, que tramiten las autorizaciones pertinentes y asuman los cargos económicos necesario para reiniciar la prestación del servicio educativo en los niveles de pre-jardín y jardín en el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM, a efectos de que su hija pueda ser recibida.

Deberá entonces analizarse si la suspensión en la prestación del servicio educativo en los niveles de pre-jardín y jardín por cuenta del Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM, institución de educación de carácter público, vulneró los derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de la referida menor. Para ello esta Sala reiterará la jurisprudencia proferida por esta Corte en relación con el derecho a la educación básica, pública, obligatoria y gratuita, teniendo en cuenta su desarrollo legislativo en especial para los cursos de nivel preescolar, así como también hará mención de casos similares que ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, para finalmente examinar el caso concreto.

#### 4. El derecho a la educación y su condición de derecho fundamental respecto de los niños.

Según el artículo 67 constitucional la educación es un derecho de toda persona y un servicio público con una función social, el cual permite el acceso al conocimiento en todos los campos del saber<sup>5</sup> y persigue formar a las personas en los derechos humanos, la paz y la democracia entre otros propósitos.

Igualmente esta norma constitucional indica que será responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, el garantizar el acceso a la educación la cual será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, proceso educativo que comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. Advierte además que la educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. (inc. 4 del art. 67 C.P.).

De esta manera es claro que la educación desde el punto de vista constitucional tiene una doble connotación, en cuanto derecho<sup>6</sup> y servicio público<sup>7</sup>. Bajo la primera connotación presenta a su vez una doble dimensión que corresponde a la de derecho y deber al mismo tiempo. Derecho por cuanto a ella pueden acceder todas las personas y al ser el medio para hacer efectivos otros derechos fundamentales, y deber por que se debe cursar como mínimo diez años de educación básica<sup>8</sup>, para los cuales las personas deberán tener en principio edades entre los cinco y los quince años de edad como ya se indicó.

En el caso de los menores de edad, tal como se advierte de la lectura del artículo 44 Superior, el derecho a la educación es un derecho fundamental en razón a la especial condición de los titulares de este derecho, quienes son personas de especial tratamiento por parte del Estado, la sociedad y la familia.

Como servicio público corresponde al Estado regularla y ejercer la suprema inspección y vigilancia con el fin de velar por su calidad, garantizando de esta manera que los educandos se formen adecuadamente, y para que el cubrimiento del servicio sea el apropiado, además de asegurar a los menores las condiciones para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

Incumbe también al Estado asumir manera directa la prestación del servicio público de educación o, en su defecto, en ejercicio de su función de control y vigilancia, autorizar a

particulares a prestar dicho servicio con sujeción a los lineamientos constitucionales y legales pertinentes. En efecto, la Constitución dispone en su artículo 67 que la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años y que esta se prestara de manera gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos.

Del anterior postulado constitucional ha de inferirse que el Estado tiene la obligación constitucional de poner a disposición de los posibles educandos, una infraestructura y un plan de educación orientado inicialmente a cubrir las expectativas educativas de un grupo poblacional de menores de edad comprendido entre los cinco y los quince años de edad, quienes son sujetos prioritarios para el desarrollo y cumplimiento de tal obligación constitucional, en el entendido además, que esta oferta educativa deberá garantizar el cumplimiento de los cuatro criterios esenciales que caracterizan el derecho a la educación, y que corresponden al sistema de las “cuatro A”: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Estos criterios corresponden a los linderos mínimos de la dimensión conceptual del derecho a la educación, los cuales fueron empleados por la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, delegada para tales efectos por las Naciones Unidas, quien en visita especial realizada a Colombia entre el 1 y 10 de octubre de 2003, advirtió positivamente que este marco analítico se viene utilizando en Colombia.<sup>9</sup>

Respecto a las cuatro dimensiones del contenido prestacional del derecho a la educación, esta Corporación en sentencia T-787 de 2006<sup>10</sup>, señaló lo siguiente:

“(i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, que puede resumirse en la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas<sup>11</sup> e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras<sup>12</sup>; (ii) la accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema eludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico<sup>13</sup>; (iii) la adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos<sup>14</sup> y que se garantice continuidad en la prestación del servicio<sup>15</sup>, y (iv) la aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse<sup>16</sup>.”

Entendida la educación como un derecho de toda persona y como un servicio público con las referidas características, es pertinente retomar el planteamiento hecho anteriormente, en el sentido de señalar que la educación como derecho es una herramienta imprescindible para hacer efectivos otros derechos fundamentales como i) la igualdad, en cuanto rompe con las diferencias naturales y pone a disposición de todas las personas las mismas oportunidades para su desarrollo personal y familiar; ii) es base fundamental para generar equidad social por cuanto es fundamento filosófico inspirador del andamiaje normativo constitucional vigente que se orienta hacia la consecución de un orden justo en lo político, económico y social, como derecho esencial e inherente a los seres humanos<sup>17</sup>; iii) al libre desarrollo de la personalidad (art. 16)<sup>18</sup>, por cuanto amplifica todas las potencialidades de la persona al descubrir mediante el acceso a la educación diferentes facetas de su personalidad; iv) a la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26)<sup>19</sup>, por cuanto permite que en una etapa más avanzada de su proceso de desarrollo humano y en especial de formación académica, la persona puede orientar todas sus capacidades para desarrollar una actividad de manera específica, sea esta profesional o no; v) a la dignidad por cuanto permite que la persona se supere como ser humano rebasando sus limitaciones, cualquiera que estas hubieren sido en un principio.

Pero además, la educación es la vía más apropiada para alcanzar mejores condiciones de vida, en la medida en que el conocimiento facilita el acceso a mejores niveles de ocupación laboral, los cuales por lo general vienen respaldados por niveles más altos de retribución económica, permitiendo que de manera más sólida y permanente se asegure la satisfacción de las necesidades básicas.

Expuestos los criterios sustanciales que definen la educación como derecho y como servicio público, al igual que se ha establecido constitucionalmente el grupo población respecto del cual debe orientarse prioritariamente el desarrollo y aplicación de las políticas y planes educacionales, y definido igualmente que el principal responsable como prestador del servicio y como supremo inspector y vigilante es el Estado, resulta ahora importante determinar desde qué edad la educación es obligatoria y cuales son los grados de instrucción obligatorio que el Estado debe garantizar.

Este planteamiento fue desarrollado en la sentencia T-263 de 2007, pronunciamiento del cual se pueden extractar las siguientes consideraciones en relación con los anteriores

cuestionamientos:

“En relación con la primera cuestión, la Corte ha sostenido que una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44 ibídem y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado Colombiano en la materia, lleva a concluir que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años.<sup>20</sup>

“Lo anterior, por cuanto, de una parte, el artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños, y conforme al artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño<sup>21</sup> - ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991- la niñez se extiende hasta los 18 años<sup>22</sup>, y de otra por que según el principio de interpretación pro infans -contenido también en el artículo 44-, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños.

“En este orden de ideas, ha precisado esta Corporación: (i) que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44 ibídem, es sólo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado<sup>23</sup>; (ii) que el umbral de 15 años previsto en la disposición aludida corresponde solamente a la edad en la que normalmente los estudiantes culminan el noveno grado de educación básica, pero no es un criterio que restrinja el derecho a la educación de los menores de edad, pues de afirmar lo contrario, se excluirían injustificadamente del sistema educativo menores que por algún percance -de salud, de tipo económico, etc.- no pudieron terminar su educación básica al cumplir dicha edad<sup>24</sup>, y (iii) que las edades fijadas en la norma aludida no puede tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos.<sup>25</sup>

“Respecto de la segunda cuestión, esto es los grados de instrucción que el Estado está en la obligación de garantizar, la Corte ha afirmado lo siguiente: (i) que los grados previstos en el inciso 3° del artículo 67 de la Carta -un grado de educación preescolar y nueve años de educación básica- constituyen el contenido mínimo del derecho que el Estado debe garantizar, y (ii) que como se trata de un contenido mínimo, el Estado debe ampliarlo progresivamente, es decir, debe extender la cobertura del sistema educativo a nuevos grados de preescolar, secundaria y educación superior.<sup>26</sup>”

Como se advierte en el último párrafo de la sentencia transcrita, es claro, que los límites

tanto de años mínimos de instrucción que deben ser garantizados por el Estado, como el rango de edades de la población estudiantil a la cual esta dirigida la educación básica, son límites formales, inclusivos y no excluyentes a partir del cual debe el Estado desarrollar una política organizada, consistente y continua en el tiempo que haga efectivo el derecho a la educación básica. Es importante advertir que este derecho, al ser sustancialmente un derecho prestacional a cargo del Estado, la ampliación en la cobertura debe hacerse de manera gradual, tal y como lo señala la propia Constitución Política y la ley, y como se ha establecido también en los diferentes tratados internacionales sobre el tema.

De esta manera, cuando el cubrimiento en los diferentes niveles de educación básica haya alcanzado los niveles señalados por la ley, la ampliación de la cobertura hacia otros niveles de educación, ya sea en cursos más bajos en preescolar como son los de pre-jardín y jardín y en cursos superiores en la educación media básica, imponen una obligación al Estado, cual es el de garantizar que dicha ampliación va a ser permanente y sostenible, pues cualquier medida o política que pretenda regresar a los cubrimientos de épocas anteriores, será entendida como una política regresiva, las cuales son abiertamente contrarias a los principios constitucionales de progresividad en el cubrimiento de los derechos sociales y culturales, así como abiertamente desconocedoras de los acuerdos internacionales en tales asuntos.

Así mismo, la sentencia T-263 de 2007 se pronunció igualmente en relación con la progresividad en el desarrollo y ampliación de la cobertura en educación en los siguientes términos:

“... la Corte ha señalado<sup>27</sup> que el mandato de progresividad de estos derechos no puede entenderse como una justificación para la inactividad del Estado, sino que implica la obligación de éste de actuar lo más expedita y eficazmente posible a fin de ampliar la satisfacción de los mismos<sup>28</sup>. Ello siempre y cuando se respete por lo menos el contenido mínimo de aquellos, el cual es de exigibilidad inmediata. Tal contenido se deduce, por ejemplo, de los tratados internacionales y de la Constitución.<sup>29</sup>

“7. Así mismo, ha precisado que una vez se amplía el nivel de satisfacción de uno de estos derechos, la libertad de desarrollo del mismo por parte del legislador y de las demás autoridades públicas -incluyendo las autoridades de las entidades territoriales- se ve mermada, pues todo retroceso respecto de ese nivel se presume inconstitucional. Las

medidas regresivas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en consecuencia, están sometidas a un control de constitucionalidad estricto, y deben ser justificadas plenamente por las autoridades '(...) por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que se disponga'<sup>30</sup>.

“De tal manera que, una vez el legislador o las autoridades administrativas han ampliado el nivel de satisfacción de un derecho económico, social y cultural como la educación, se encuentran limitadas para adoptar medidas regresivas. Si éstas se llegaren a adoptar, se presumen inconstitucionales y deben ser justificadas plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que se disponga<sup>31</sup>”.

## 5. Regulación legal de la educación preescolar.

Como se advirtió desde un principio, la Constitución Política en su artículo 67, señala que la educación preescolar es el inicio del ciclo mínimo de educación básica que el Estado debe garantizar a las personas, circunstancia que concuerda con la preeminencia de este derecho desde el punto de vista de la especial protección que tienen los niños, tal y como lo contempla el artículo 44 Superior.

Ahora bien, estas normas constitucionales tiene su desarrollo legal, a partir de la Ley 115 de 1994, la cual define la educación preescolar en el artículo 15 como aquella “ofrecida al niño para su desarrollo integral en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socio-afectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización pedagógicas y recreativas”.

Pero además, esta misma ley señala en artículos siguientes los objetivos específicos de la educación preescolar (art. 16)<sup>32</sup>; cual grado es obligatorio garantizar por parte del Estado (art. 17)<sup>33</sup>; y cuando ha de procederse a la ampliación de la atención en este nivel de educación preescolar (Art. 18)<sup>34</sup>.

Así, la educación preescolar se establece como la etapa previa a la educación básica la cual se encuentra igualmente definida en la mencionada ley en su artículo 19.

En efecto, el decreto 2247 de 1997, por el cual se reglamenta la mencionada Ley 115 de 1994, dispone en su artículo tercero que el cubrimiento en educación en los niveles de preescolar se hará de manera progresiva en los tres niveles señalados por el artículo 2° de ese mismo decreto.

Pero la progresividad en la ampliación de la cobertura en los tres niveles de educación preescolar (pre-jardín, jardín y transición), estará sujeta a otros criterios básicos:

\* cuando se alcance un cubrimiento de por lo menos el ochenta (80%) por ciento del grado obligatorio de transición.

\* Cuando se haya alcanzado cuando menos un cubrimiento del ochenta (80%) por ciento de la educación básica para la población entre los cinco (5) y los quince (15) años.<sup>36</sup>

De esta manera el cubrimiento y ampliación del proceso de formación académica en la primera infancia será viable en tanto se de pleno cumplimiento a las anteriores condiciones, lo cual en cierta medida retrasa el acceso de los menores de cinco años, al proceso de formación académica durante esa primera infancia.<sup>37</sup>

De esta manera, y de conformidad con la regulación legal sobre la educación preescolar, no resulta viable exigir de las entidades territoriales, en sus diferentes niveles. Municipios y departamentos, que asuman con cargo al sistema General de Participaciones la prestación del servicio público de educación a nivel preescolar en los cursos de pre-jardín y jardín, por cuanto, los criterios esbozados por la Ley General de Educación como por las normas que la reglamentan, no son arbitrarios ni caprichosos<sup>38</sup>.

Si bien es claro que la educación es un derecho que tienen todas las personas y que esta especialmente protegido respecto de los niños, es necesario de todos señalar que el Estado, debe de todos modos priorizar sus políticas en el sentido de cumplir con sus obligaciones constitucionales como es la de garantizar el cubrimiento educativo en relación iniciando con la educación preescolar en grado de transición y siguiendo con nueve cursos de educación básica, cursos diseñados esencialmente para una población de menores de edad entre los cinco y los quince años de edad.

No puede inferirse entonces que el Estado no tenga interés en garantizar el derecho a la educación y ampliar progresivamente la prestación del servicio público de educación, sino que simplemente debe de orientar de manera prioritaria sus limitados recursos económicos, enfocando su gasto en el cumplimiento estricto de su obligación constitucional, cual es la de garantizar la educación en los cursos señalados por el pluricitado artículo 67.

Con todo, y solo como consecuencia del análisis concreto de otros casos puestos a consideración de esta Corporación, se ha protegido por vía de tutela los derechos fundamentales de niños menores de cinco años de edad, en tanto estos ya habían sido admitidos y se encontraban cursando los grados de pre-jardín y jardín en instituciones públicas, pero sus cursos fueron suspendidos abruptamente, vulnerando así su derecho a la educación y la continuidad en la prestación de dicho servicio público, así como también por el desconocimiento del principio de la confianza legítima.<sup>39</sup>

6. La jurisprudencia de esta Corporación sobre el acceso al servicio público de educación de menores de cinco años en establecimientos educativos estatales.

Esta Corporación en las distintas ocasiones en que esta Corporación se ha pronunciado sobre el acceso o la permanencia en el sistema de educación preescolar público de menores de cinco años ha señalado un conjunto de factores que deben ser apreciados por el juez de tutela en cada caso concreto.

Así, en la sentencia T-943 de 2004, en la que se decidió sobre el caso de un menor que no había sido recibido en transición porque le faltaban cinco días para cumplir los cinco años de edad, se explicitaron distintos argumentos que militan a favor de la necesidad de hacer cumplir el límite de edad<sup>40</sup>. Sin embargo, se sostuvo que debían ponderarse “los hechos y circunstancias que rodean el caso en particular” junto con una serie de criterios señalados en la misma decisión, con el fin de decidir si era procedente conceder el amparo constitucional solicitado. Los factores a los que se hizo referencia en esa decisión -circunstancias fácticas cuya configuración en el caso concreto debía verificar el juez de tutela- eran los siguientes: (i) las condiciones socioeconómicas de los menores de edad afectados con la decisión de negarles el cupo, (ii) su proximidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la correspondiente entidad territorial, (iii) el daño que podría traer al menor rechazado la interrupción de los estudios ya iniciados, (iv) el impacto que la decisión de ordenar la

inclusión de un nuevo alumno tendría frente a la institución educativa por las limitaciones que obviamente surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura que las instituciones ofrecen, (v) la afectación que en caso de ordenarse la asignación de un cupo a través de la acción de tutela, podría ocasionar respecto de otros menores que se encontraran en condiciones más cercanas que el tutelante a cumplir los requisitos legales y reglamentarios.

La sentencia T-671 de 2006 -mediante la cual se decidieron varias acciones de tutela instauradas por padres de familia, cuyos hijos no habían sido matriculados en el preescolar, pese a haber sido admitidos como asistentes- aplicó los anteriores criterios. La Sala segunda de revisión encontró que varios de los niños estaban muy próximos a cumplir los cinco años de edad y dispuso, entonces, que para estos casos debían considerarse los factores establecidos en la sentencia T-943 de 2004 para determinar si se ordenaba el ingreso de los niños al grado de transición, aunque no hubieran cumplido la edad requerida.

Posteriormente, en la sentencia T-787 de 2006, al ocuparse nuevamente de la negativa al acceso a un establecimiento educativo público de un menor debido a que no alcanzaba la edad legal mínima, fueron considerados determinantes dos elementos fácticos (i) De una parte, que la institución educativa demandada llevó a cabo un proceso de preinscripción para la asignación de cupos para el año lectivo 2005-2006, proceso en el que participó el menor accionante; y (ii) de otra que, luego de haber ampliado la cobertura de la prestación del servicio de educación preescolar, la Secretaría de Educación del Municipio resolvió suspender la financiación del mismo a niños menores de 5 años, razón por la cual la institución educativa no pudo asignar los cupos en comento. Estos hechos llevaron a que la Sala sexta de revisión estimara vulnerado el principio de confianza legítima del menor pues al permitirle participar en el proceso de preinscripción le creó la expectativa de ingreso al sistema escolar, para luego privarlo de ella sin justificación aparente. También se estimó vulnerado también el derecho a la educación del menor en su faceta de acceso, ya que se le impidió vincularse al sistema educativo y beneficiarse del servicio que desde el año 2002 venía prestándose en dicha institución, razón por la cual la Sala concedió la tutela, al calificar la medida como regresiva, con lo cual se vulneraba el derecho del niño en cuyo nombre se instauró la acción de tutela. 41

En la sentencia T-938 de 2006, se estudió el caso de algunos niños del municipio de Ocaña

(Norte de Santander) en cuyo nombre se instauraron las acciones de tutela. Los menores fueron matriculados e iniciaron el año lectivo en los grados de prejardín y jardín para los cuales cumplían requisitos, teniendo en cuenta la determinación de las autoridades municipales de abrir esos niveles. La matrícula no se hizo para el grado de transición, para el cual no cumplían la edad exigida, sino para los grados inferiores de preescolar. A pesar de que la admisión y el ingreso de los menores se adelantó siguiendo las directrices municipales, los cursos fueron cerrados abruptamente, por cuanto su apertura incumplía la normatividad nacional según el Ministerio del ramo.

Consideró la Corte en esa oportunidad que la supresión de los cursos configuró una vulneración del principio de la confianza legítima y la violación del derecho de los niños a la continuidad en la prestación del servicio de educación, lo cual trascendía en afectación de su desarrollo integral, pues los padres de los niños habían matriculado de buena fe a sus hijos en la institución educativa, confiando en la decisión de la administración municipal de abrir los cursos de prejardín y jardín. A su vez, la decisión de la administración al observar que se incumplían las normas nacionales fue proceder a cerrar intempestivamente los grados mencionados, con lo cual se interrumpió la prestación del servicio de educación. Sostuvo la Corte que “Una interpretación pro infans de la ley conduce a la conclusión de que en estas situaciones solamente puede recurrirse a esta medida como ultima ratio, luego de haber buscado alternativas menos drásticas para con los niños – es decir, más respetuosas de sus derechos y expectativas -, como sería la de que los cursos fueran pagados con recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales”.

Finalmente, en la sentencia T-263 de este año, al estudiar el caso de una menor a la cual se le había negado el acceso al mismo establecimiento educativo al cual se le negó el acceso a Isabella Valentina Rosero Mollinery -el INEM Mariano Ospina Rodríguez- apreció las siguientes circunstancias como determinantes para conceder el amparo constitucional: (i) que la Institución Educativa a la que aspiró ingresar la menor venía ofreciendo los niveles de prejardín y jardín desde el año de 1997 y los suspendió para el período lectivo 2006 – 2007, lo que significa que aún con posterioridad a la expedición de la directiva ministerial que los limita (Resolución No. 1515 de 2003) se venía ofreciendo el servicio de preescolar con una cobertura ampliada en relación con los mínimos establecidos en la normatividad, lo que permite afirmar la regresividad de la medida; (ii) que la misma institución educativa a la que aspiraba la menor informó a la Corte que contaba con la infraestructura física,

administrativa, pedagógica y docente para ofrecer el servicio en la cobertura ampliada, lo que implica que el ingreso de la menor no afectará el acceso de otros menores que cumplan con los requisitos de ley; (iii) que la institución informó también que en la actualidad “atiende a una población de 650 niños entre los tres y los seis años de edad” que pertenecen a contextos socio familiares de pobreza y extrema pobreza, de donde se deduce que continuaba ofreciendo una cobertura ampliada en el nivel de preescolar, (iv) que la madre de la menor no contaba con los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos de un servicio de educación preescolar privado; (v) que la niña se encontraba próxima a cumplir los cinco (5) años de edad.

Del anterior recuento jurisprudencial se concluye que en los casos en que la Corte ha tutelado los derechos de niños o niñas al acceso a un nivel que excede las prioridades educativas fijadas por la ley, la decisión ha tenido en cuenta las especificidades de cada caso, para decidir si procedía conceder el amparo solicitado. Así ha sopesado los hechos y las circunstancias fácticas y una serie de factores señalados jurisprudencialmente tales como las condiciones socioeconómicas de los menores de edad afectados con la decisión de negarles el cupo; su proximidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la correspondiente entidad territorial; el daño que podría traer al menor rechazado la interrupción de los estudios ya iniciados; el impacto que la decisión de ordenar la inclusión de un nuevo alumno tendría frente a la institución educativa por las limitaciones que obviamente surgen de las propias posibilidades operativas y de cobertura que las instituciones ofrecen; la afectación que en caso de ordenarse la asignación de un cupo a través de la acción de tutela, podría ocasionar respecto de otros menores que cumplen en mayor medida los requisitos legales y reglamentarios que el tutelante; la violación del principio de confianza legítima por la supresión abrupta de los cursos ya iniciados o por no haberse respetado el proceso de preinscripción, la afectación del desarrollo integral de los niños por la falta de continuidad en la prestación del servicio; y finalmente el carácter regresivo de la medida.

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

En el presente caso la señora María Victoria Morinelly Delgado, en representación de su hija menor de edad Isabella Valentina Rosero Morinelly, interpuso una acción de tutela en contra del Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto, por considerar que estas entidades habían vulnerado los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de su menor hija, al negársele el acceso al curso de pre - jardín en el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa "Mariano Ospina Rodríguez" INEM de la ciudad de Pasto, entidad que hasta el año 2005 había prestado el servicio público de pre - jardín y jardín. Advierte que dichas entidades al no aceptar la preinscripción de su hija cuya edad para la fecha de interposición de la tutela era de de tres (3) años, en razón a lo dispuesto en el literal c) del artículo 3 de la Resolución 1515 de 2001, proferida por el Ministerio de Educación Nacional, norma que disponía que la edad mínima para acceder al curso de transición en la etapa preescolar debía ser de mínimo cinco (5) años de edad. Ante esta situación el referido plantel educativo no abrió preinscripciones para los cursos de pre - jardín y jardín, afectando de esta manera los derechos fundamentales de la mencionada menor Isabella Valentina Rosero Morinelly.

La sentencia proferida en primera y única instancia, negó la petición de amparo de los derechos de la menor Rosero Morinelly apoyada en una decisión judicial proferida en un caso similar por el Consejo de Estado.

Expuestos los hechos que motivaron a la accionante a la interposición de esta acción de tutela y analizadas las pruebas que obran en el expediente, puede advertirse que se cumplen los criterios expuestos por la jurisprudencia constitucional para conceder el amparo constitucional deprecado, como a continuación se constata.

(i) En primer lugar la secretaria de educación municipal de Pasto venía prestando el servicio público de educación en su dimensión de cobertura ampliada (pre-jardín y jardín) para menores de cinco años mediante diversos establecimientos educativos, entre los cuales se encontraba el INEM Mariano Ospina Rodríguez, incluso con posterioridad a la expedición de la Resolución 1515 de 2003 del Ministerio de Educación Nacional, de manera tal que la suspensión del servicio de educación en dichos niveles, con la consiguiente afectación de la faceta de acceso del derecho a la educación de los menores puede considerarse una medida regresiva; (ii) en el documento suscrito por la Secretaría de Educación Municipal de Pasto en el que daba respuesta a una prueba decretada por esta Sala se afirma que actualmente el

Municipio de Pasto viene atendiendo 254 niños y niñas en los cursos de pre-jardín y jardín en la Institución Educativa Municipal Mariano Ospina Rodríguez, y otro número menor de niños y niñas, en otros planteles educativos públicos del municipio, de lo que se deduce que el municipio siguió prestando el servicio público de educación en sus niveles de cobertura ampliada aun durante el año lectivo 2006-2007; (iii) la madre de la menor afirma que no cuenta con recursos suficiente para asumir los costos de una educación privada, dicha situación no fue controvertida por las entidades accionadas, situación que hace presumir que dicha incapacidad económica es cierta; (iv) al momento de la interposición de la tutela la menor contaba con tres años y tres meses de edad, sin embargo, actualmente está próxima a cumplir cinco años de edad.

Podría entonces considerarse que en este caso estaban presentes los factores señalados por la jurisprudencia para conceder el amparo constitucional solicitado.

No obstante, visto que la señora María Victoria Morinelly Delgado, remitió un escrito a esta Corporación en el que manifiesta que su hija fue recibida para el curso de pre - jardín en el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa "Mariano Ospina Rodríguez" INEM de la ciudad de Pasto, esta Sala advierte que actualmente la situación escolar de la menor se encuentra garantizada y hay carencia actual de objeto por la desaparición del motivo que dio lugar a la interposición de esta acción de tutela, en consecuencia no se impartirá orden alguna.

Sin embargo, la Sala participa del criterio según el cual no se puede confirmar un fallo de tutela contrario a la Carta revocará la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño.

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE

Primero. REANUDAR el término para resolver la revisión, suspendido mediante Auto de fecha 20 de marzo de 2007.

Segunda. DECLARAR la carencia actual de objeto como consecuencia de la admisión de la

menor Isabella Valentina Rosero Morinelly al curso de pre-jardín en el Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa “Mariano Ospina Rodríguez” INEM de la ciudad de Pasto, razón por la cual no se impartirá orden alguna.

Tercero. REVOCAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006 por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, que negó la acción de tutela promovida por la señora María Victoria Morinelly Delgado, en representación de su hija menor de edad Isabella Valentina Rosero Morinelly, contra el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto.

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

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

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado Ponente

CATALINA BOTERO MARINO

Magistrada (E)

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Según consta en Registro Civil de Nacimiento aportado por la demandante (Cuad. principal, fl. 6).

2 Sentencia del 10 de noviembre de 2005, M.P. Jesús María Lemos Bustamante.

3 Sentencia del 7 de diciembre de 2005, M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

4 Este acto administrativo señala:

“ARTÍCULO 3°. –CRITERIOS GENERALES PARA LA ASIGNACIÓN DE CUPOS ESCOLARES: Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, al definir los criterios de asignación de cupos y matrícula en su jurisdicción, tendrán en cuenta como mínimo los siguientes criterios, sin perjuicio de criterios adicionales que respondan a las necesidades y particularidades de la región:

“c. Asegurar que la edad mínima para ingresar al grado de transición sea cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar.”(Negrilla y subraya fuera del texto original).

5 Ver Sentencia C-008/01.

6 En este sentido en la sentencia T-002 de 1992 se afirma: “La educación se erige en derecho fundamental en la medida que es inherente a la naturaleza del hombre, pues es parte de su dignidad, base para lograr su libre desarrollo de la personalidad y la efectivización de la igualdad material”.

7 En tanto servicio público, la educación se rige por el régimen constitucional de los servicios públicos en general (art. 365 C.P.) tal y como se advirtió en la sentencia C-001 de 2001.

8 Ver al respecto entre otras las sentencias T-1032 de 2000, y C-895 de 2003.

9 Defensoría del Pueblo, El derecho a la educación en la constitución colombiana, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Bogotá, 2003; Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Informe sobre el derecho a la educación en Colombia, Bogotá, octubre de 2003.

10 Esta sentencia fue reiterada en la sentencia T-263 de 2007.

11 Ver al respecto el inciso primero del artículo 68 Superior.

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

necesarias par su acceso.

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

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

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

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

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

18 El texto del artículo 16 señala: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

19 El texto del artículo 26 de la Constitución Política dice lo siguiente:

“Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

“Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura

interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.”

20 Ver en este sentido las sentencias T-324 de 1994, reiterada en la T-787 de 2001.

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

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

23 Sentencia T-323 de 1994.

24 Sentencia T-323 de 1994.

25 Sentencia T-323 de 1994.

26 En esta sentencia la Corte abordó el caso de un menor de 5 años, a quien no le fue permitido el ingreso a clases en el jardín infantil en el que se encontraba matriculado, debido a que su madre adeudaba tres quincenas de pensión. Por esta razón, la madre, en representación del menor, interpuso acción de tutela contra el jardín. El jardín aducía que el argumento de la imposibilidad de suspender la prestación del servicio de educación cuando hay mora en las mensualidades, sólo era oponible en el caso de niños de 5 años en adelante, que son a quienes protege la Constitución en esta materia. El amparo fue negado en única instancia porque el juez consideró que la Constitución sólo prevé como obligatorio un año de educación preescolar, este es, transición, y sólo para niños de 5 años en adelante. Así las cosas, estimó que el derecho invocado no era un derecho fundamental del menor. La Corporación concedió la tutela, ya que estimó que no era admisible la interpretación del juez de instancia, según la cual, de conformidad con el Decreto 2247 de 1997, sólo es obligatorio el grado de transición. A juicio de la Corte, (i) dicha interpretación transformaba en rígido un

criterio que la propia Carta establecía como flexible, y (ii) el Presidente de la República no puede, mediante un decreto reglamentario, limitar garantías constitucionales como la objeto del pronunciamiento.

27 Ver al respecto las sentencias C-251 de 1997, C-671 de 2002, T-025 de 2004, C-038 de 2004, T-1318 de 2005, y T-787 de 2001.

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

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

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

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

31 Cfr. Sentencia T-787 de 2006..

## 32 “ARTÍCULO 16. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA EDUCACIÓN PREESCOLAR

a) El conocimiento del propio cuerpo y de sus posibilidades de acción, así como la adquisición de su identidad y autonomía;

b) El crecimiento armónico y equilibrado del niño, de tal manera que facilite la motricidad, el aprestamiento y la motivación para la lecto-escritura y para las soluciones de problemas que impliquen relaciones y operaciones matemáticas;

c) El desarrollo de la creatividad, las habilidades y destrezas propias de la edad, como

también de su capacidad de aprendizaje;

d) La ubicación espacio-temporal y el ejercicio de la memoria;

e) El desarrollo de la capacidad para adquirir formas de expresión, relación y comunicación y para establecer relaciones de reciprocidad y participación, de acuerdo con normas de respeto, solidaridad y convivencia;

f) La participación en actividades lúdicas con otros niños y adultos;

g) El estímulo a la curiosidad para observar y explorar el medio natural, familiar y social;

h) El reconocimiento de su dimensión espiritual para fundamentar criterios de comportamiento;

i) La vinculación de la familia y la comunidad al proceso educativo para mejorar la calidad de vida de los niños en su medio, y

j) La formación de hábitos de alimentación, higiene personal, aseo y orden que generen conciencia sobre el valor y la necesidad de la salud.”

33 “ARTÍCULO 17. GRADO OBLIGATORIO. El nivel de educación preescolar comprende, como mínimo, un (1) grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales para niños menores de seis (6) años de edad.

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

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

Para tal efecto se tendrá en cuenta que la ampliación de la educación preescolar debe ser

gradual a partir del cubrimiento del ochenta por ciento (80%) del grado obligatorio de preescolar establecido por la Constitución y al menos del ochenta por ciento (80%) de la educación básica para la población entre seis (6) y quince (15) años.

35 El Decreto 2247 de Septiembre 11 de 1997, “por el cual se establecen normas relativas a la prestación del servicio educativo del nivel preescolar y se dictan otras disposiciones”, señala en sus disposiciones finales lo siguiente:

“Artículo 18. El ejercicio docente en el nivel de educación preescolar se regirá por las normas pertinentes de la Ley 115 de 1994, en armonía con las del Decreto ley 2277 de 1979 y con las demás normas educativas concordantes.

“Artículo 19. De conformidad con lo ordenado por el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 115 de 1994, las secretarías de educación municipales o los organismos que hagan sus veces, que no hubieren elaborado un programa de generalización del grado obligatorio en todas las instituciones educativas estatales de su jurisdicción, que tengan primer grado de educación básica, deberán proceder a elaborarlo y a incluirlo en el respectivo plan de desarrollo educativo municipal.

“Si los establecimientos educativos estatales son financiados con recursos del situado fiscal o con recursos propios del departamento, dicho programa deberá ser previamente consultado con la Secretaría de Educación del respectivo departamento.

“Se entenderá cumplido el plazo fijado por el artículo 17 de la Ley 115 de 1994, si antes del 8 de febrero de 1999, los municipios aprueban e incorporan en el respectivo plan de desarrollo educativo, el correspondiente programa de generalización del Grado de Transición.

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

“Para este efecto, se requiere que el municipio, en el que se encuentre ubicado el establecimiento educativo, haya satisfecho los porcentajes de que trata el inciso segundo del artículo 18 de la Ley 115 de 1994.”

36 Ídem.

37 La Asociación Nacional de Preescolar ANDEP - ASOPREESCOLAR (asopreescolar@yahoo.es) participó en representación de la comunidad de Educación Inicial y Preescolar, como asambleístas a la convocatoria del Plan Nacional Decenal de Educación -PNDE- durante los días 3, 4, 5, 6 y 7 de agosto 2007 en jornadas de 10 horas diarias.

El trabajo correspondiente se llevo a cabo en la mesa o grupo N° 8, llamada inicialmente de Desarrollo Infantil y Educación Inicial, en la que se buscó lograr la mejor conveniencia para la primera infancia y por ende para las instituciones y los agentes educadores que prestan el servicio publico y privado.

La metodología consistió primeramente en analizar los objetivos, metas y acciones sistematizados durante estos últimos seis meses en los foros y mesas virtuales, mesas locales y regionales que estuvieron dispuestos para mas de 20.000 participantes de todas las regiones del país.

Posteriormente se dividió la mesa en 4 subgrupos para que cada uno, sobre la base de el análisis inicial, formara criterios propios, modificara, ampliara o complementara en consenso y aun con disensos lo que a su juicio considerara lo que debieran ser los parámetros de la Educación Inicial durante los próximos 10 años.

En una siguiente etapa se realizaron plenarias de comparación y de estas se conformaron tres subgrupos para sistematizar los objetivos, las metas y las acciones con vista al documento final para socializarlo en la plenaria final junto con las otras 9 mesas o grupos y entregar oficialmente el documento resultado al Presidente de la Republica y a la Ministra de Educación.

En el marco del PNDE se conformó por solicitud propia la mesa (N° 11) correspondiente a la afrocolombianidad que llevo la misma metodología de las demás.

“Como nota relevante, se manifestó en nuestra mesa de Educación Inicial una acción en forma unánime que consiste en la reforma del inciso 3 del artículo 67 de la Constitución Nacional para que los niños y niñas menores de seis años sean sujetos de derechos a la educación inicial ya que en la Carta actual no son visibles, lo cual creemos que va en

contravía de las directrices nacionales e internacionales en la prevalencia que tiene la primera infancia sobre los demás”. (Negrilla y subraya fuera del texto original). (El anterior documento corresponde a un e-mail enviado por Asopreescolar a varias instituciones y personas relacionadas con el medio de la educación inicial y preescolar).

38 Al respecto se sostuvo en la sentencia T-938 de 2006:

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

“Con esta fijación de prioridades, mediante una ley adoptada por el Congreso de la República, se busca obtener que se cumpla con los niveles de educación que están contemplados como obligatorios en la Constitución. A través de la regulación mencionada – en la cual el Estado colombiano mediante un procedimiento democrático fijó unas prioridades en la ley, que no en un acto administrativo – se está avanzando progresivamente en el cumplimiento de la norma constitucional. Por lo tanto, no puede decirse que es arbitraria o caprichosa la decisión de imponer la edad mínima de cinco años como criterio para la admisión en establecimientos educativos financiados por el Sistema General de Participaciones. Esa edad es precisamente la que se ha fijado como condición para entrar al grado de transición, el grado de preescolar que es obligatorio de acuerdo con el artículo 67 de la Constitución. De otro lado, no le corresponde a la Corte en sede de tutela juzgar la constitucionalidad del requisito del 80% de cobertura en los niveles educativos que el Legislador consideró prioritarios”

39 Ver sentencia T-938 de 2006. Este caso correspondió a una acción de tutela promovida a nombre de varios niños del municipio de Ocaña (Norte de Santander), quienes luego de matricularse y de iniciar labores académicas en los grados de pre-jardín y jardín, los menores

vieron interrumpido abruptamente su proceso de escolarización con el argumento de que los grados de preescolar que estaban cursando incumplían con la normatividad expedida por el Ministerio de Educación Nacional. En esa oportunidad la Corte resaltó que “una interpretación pro infans de la ley conduce a la conclusión de que en estas situaciones solamente puede recurrirse a esta medida como última ratio, luego de haber buscado alternativas menos drásticas para con los niños – es decir-, más respetuosas de sus derechos y expectativas-, como sería la de que los cursos fueran pagados con recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales.”

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

41 En la sentencia se concluyó que la Secretaría de Educación respectiva había vulnerado el derecho del niño a la educación y el principio de la confianza legítima. Por eso se concedió el amparo impetrado. Sin embargo, dado que ya había transcurrido algún tiempo desde la ocurrencia de los hechos, que el año lectivo ya estaba muy avanzado – en septiembre – y que el niño se encontraba a dos meses de cumplir los cinco años de edad se determinó que ya no tenía sentido ordenarle al municipio que le garantizara el acceso a prejardín, sino que se

debía permitirle asistir al grado de transición y asegurarle su vinculación para el año 2007.