

Sentencia T-938/06

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos para su configuración

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Improcedencia de la acción respecto de una sola pretensión

TEMERIDAD O MALA FE-Casos en que el juez de tutela no puede sancionar pecuniariamente a los responsables

Referencia: expediente T-1392451

Acción de tutela instaurada por Torcorona Santiago Meneses y Luz Enith Botello Pabón contra la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander y el Municipio de Ocaña

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil seis (2006).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cúcuta, dentro del proceso de tutela instaurado por Luz Enith Botello Pabón y Torcorona Santiago Menéndez contra la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander y el Municipio de Ocaña.

I. ANTECEDENTES

1. Los días 16 y 22 de marzo de 2006, respectivamente, las ciudadanas Torcorona Santiago Menéndez y Luz Enith Botello Pabón instauraron sendas acciones de tutela contra la Secretaría de Educación Departamental de Norte de Santander y el Municipio de Ocaña, bajo la consideración de que estas entidades habían vulnerado los derechos de sus hijos Katlim Gexiba Ortiz Santiago y Edward Josué Manzano Botello a la educación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

Puesto que las demandas tenían un mismo objeto y debían fallarse dentro del mismo término, el juez de tutela decidió acumularlas. En las demandas, que tienen un texto idéntico, las actoras expresan que “en el presente año lectivo, matriculamos a nuestros hijos de 3 y 4 años en diferentes instituciones educativas del municipio de Ocaña, para que gozaran del derecho a la educación, pero luego de estar matriculados y de acudir las primeras semanas a clase, la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander estableció que los niños no podían acceder a la educación pública porque la edad mínima para ingresar al grado de transición es de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar.”

Las ciudadanas agregan que antes de la expedición de la Ley 715 de 2001 las instituciones educativas del municipio de Ocaña “prestaban el servicio de preescolar en el nivel A y el nivel B, a niños de 3 y 4 años de edad.” Manifiestan que este servicio les fue negado durante el año 2005, en el que “se nos prohibió la entrada a estudiar de nuestros hijos, porque no cumplían la edad mínima exigida.”

En los escritos de tutela solicitan que se ordene a la Secretaría de Educación Departamental y al alcalde de Ocaña “que procedan a matricular de manera definitiva y a levantar la provisionalidad de la admisión para los niños cuya protección se invoca en esta tutela.”

De acuerdo con los registros civiles de los niños y con certificaciones expedidas por el rector del Instituto Técnico “Alfonso López”, de Ocaña, Katlim Gexiba Ortiz Santiago nació el 2 de enero de 2003, razón por la cual contaba con tres años y dos meses cuando se instauró la tutela, y estuvo matriculada en el grado de prejardín. Por su parte, Edward Josué Manzano Botello nació el 18 de agosto de 2001, de manera que al momento de instaurar la acción contaba con 4 años y medio, y estuvo matriculado en el grado de jardín.

2. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ocaña decidió vincular también al proceso al

Ministerio de Educación Nacional y al Instituto Técnico Alfonso López.

3. El alcalde municipal (e) de Ocaña manifestó en su escrito de respuesta:

“(…) al comenzar el presente año lectivo, las instituciones educativas del municipio de Ocaña matricularon a los niños que cursarían prejardín y jardín, los cuales venían asistiendo normalmente a clases, puesto que en el Municipio de Ocaña existen los docentes necesarios para tal fin, hasta que la Secretaría de Educación Departamental emitió el memorando de fecha 15 de febrero de 2006, en el cual manifiesta al personal directivo-docente que

‘corresponde al Departamento en cabeza del Gobernador y por su intermedio en el Secretario de despacho, administrar y responder por el funcionamiento, oportunidad y calidad de la información educativa, y con referencia al tema preescolar (Jardín y Prejardín) ningún directivo docente se encuentra autorizado para emitir conceptos o pronunciamientos que afecte, comprometa o contravenga las políticas educativas contenidas en la Constitución Política y en especial en la Ley 715 de 2001 y la Resolución 1515 de 2003.

‘Recordando que recibir niños en edad diferente a la ordenada por la norma será asumido con recursos propios del ente territorial, por cuanto los recursos del Sistema General de Participaciones no podrán disponerse para atender esta situación.’

“Ocaña es un municipio no certificado en materia de educación y, por ende, depende de las directrices del Departamento Norte de Santander, según lo señalado en el artículo 6 de la Ley 715 de 2001, por lo que corresponde al Departamento (...) autorizar a este Municipio la prestación del servicio público de educación en los niveles de prejardín y jardín, y asumir estos costos de las transferencias de la Nación para educación. Es necesario recalcar que en

este Municipio existen los docentes y la infraestructura necesaria para cubrir la demanda de los niños para los niveles de prejardín y jardín, razón por la cual las diferentes instituciones educativas procedieron a matricular y dictar las primeras semanas de clases a estos niños, por lo que el situado fiscal no tiene por qué incrementarse ya que la planta de personal docente y directivo del Municipio de Ocaña será la misma existente en este momento.”

4. El rector de la institución educativa Instituto Técnico “Alfonso López” expresó que, en una reunión celebrada a finales del año 2005, dos supervisores de la Secretaría de Educación del Departamento “manifestaron que el señor secretario había expresado que en aquellas instituciones educativas donde se tuviera la infraestructura necesaria y el recurso humano docente, esto es, que no implicaba hacer nuevos nombramientos, sino que se hiciera con la planta actual de cargos de la institución, los señores rectores podían abrir matrículas en los niveles de prejardín y jardín.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Con base en esa reunión, afirma, él entendió que “el secretario departamental estaba modificando los criterios generales para la asignación de cupos escolares, tomando en consideración las necesidades y particularidades de la región, cuyos padres de familia venían clamando por la apertura del servicio escolar en los niveles de prejardín y jardín. Que con esto buscaba ampliar la cobertura de atención, en concordancia con el artículo 18 de la Ley 115 de 1994, que señala el deber de ampliar el nivel de educación preescolar.” Anota también que el artículo 2 del Decreto 2247 de 1997 prescribe que la prestación del servicio público educativo del nivel preescolar se ofrecerá a los educandos de 3 a 5 años de edad.

Asegura que, “[l]a Secretaría ante la situación de hecho de los niños de preescolar matriculados ha ordenado que a ellos no se les puede atender por causa de la resolución 1515.” Finalmente, anota lo siguiente: “La institución cuenta en la actualidad con los docentes necesarios pagados por Sistema General de Participaciones y la infraestructura

requerida.”

5. La Secretaría de Educación del Departamento expresó que la decisión atacada no dependía de la Secretaría de Educación Departamental, sino del Ministerio de Educación Nacional, el cual, a través de la Resolución 1515 de 3 de julio de 2003, había establecido las “directrices, criterios, procedimientos y cronograma para la organización del proceso de asignación de cupos y matrícula para los niveles de preescolar, básica y media de las instituciones de educación formal de carácter oficial en las entidades territoriales...” Transcribe al respecto el literal c) del artículo 3 de la resolución, el cual dispone que “[l]os 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 (...): 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.”

En vista de lo anterior asegura: “para el caso concreto los menores deben haber cumplido los cinco años de edad a la fecha de inicio del calendario escolar, a más de entender que no se podrá destinar recursos del sistema general de participación para cubrir los gastos que demanda la prestación de ese servicio en las instituciones y centros educativos sin cumplir con lo establecido en la norma.”

Por lo tanto, concluye que la Secretaría de Educación “no tiene competencia para prestar el servicio educativo para menores de cinco años en preescolar a través de instituciones de educación formal.” Igualmente, anota que “el Gobierno Nacional gira al Departamento Norte de Santander los recursos pertenecientes al Sistema General de Participaciones para atender la población estudiantil del Colegio, los cuales se encuentran reportados en el censo educativo para estos efectos y que estén dentro del contexto normativo que lo regula y reglamenta.”

De esta manera, finaliza con la aseveración de que no se puede “obligar a esta Secretaría de Educación a asumir cargas que no puede llevar, por lo menos en este momento, por cuanto no están reconocidas por la Oficina de Planeación Nacional del Ministerio...”

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

6. Mediante providencia del día 18 de abril de 2006, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ocaña concedió el amparo impetrado.

Afirma que si bien el inciso tercero del art. 67 de la Constitución establece que la educación es obligatoria entre los 5 y los 15 años de edad, en el mismo artículo se indica que la educación es un derecho de la persona, al mismo tiempo que en el Preámbulo se contempla el conocimiento como un fin esencial del Estado.

Menciona que el derecho a la educación en el caso de los infantes adquiere la naturaleza de fundamental. Luego, anota que los niños en cuyo nombre se instaura directamente la tutela habían sido ya matriculados en el colegio y habían asistido a clases, situación que se interrumpió por causa de la orden del

Secretario de Educación Departamental. También acota que el colegio cuenta con “la infraestructura necesaria para atender los requerimientos propios de esta clase de educación, como recursos presupuestales, personal docente, aulas, sitios de recreación, material didáctico, planta física, etc., así nos lo demuestran los hechos de matrícula en los grados Prejardín y jardín y la circunstancia de que los estudiantes habían recibido las primeras clases, según se desprende de las matrículas y la información suministrada por el plantel educativo.”

Expresa que el acceso al sistema educativo y la permanencia en él están garantizados por la Constitución, como lo ha afirmado la Corte Constitucional. Recuerda también que la Constitución dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Transcribe al respecto apartes de las sentencias T-402 de 1992, T-290 de 1996 y T-283 de 1994. Así, expone:

“Si a los menores de cinco años se les priva de este derecho fundamental, el Estado no está cumpliendo con lo preceptuado en el artículo 67 ibídem y además se está vulnerando el derecho a la igualdad, pues el artículo 44 naturaliza como fundamental el derecho a la educación de los niños y por lo tanto la permanencia educativa y esta permanencia el Estado debe garantizarla en plena igualdad de oportunidades, según lo contempla el artículo 13 ejusdem.

“El Estado debe procurar el acceso y la permanencia de los niños en el sistema educativo, acatando y respetando las condiciones que garantizan la igualdad pura para que la permanencia facilite al infante el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura como lo pregonan las normas superiores.

“(…)

“Luego si el derecho a la educación es constitucionalmente fundamental y la Carta Superior en su artículo 44, además de ampararlo privilegiadamente por tratarse de los niños, puntualiza que los derechos de ellos prevalecen sobre los derechos de los demás, su acceso y permanencia a la educación se hace imperiosa frente al Estado de manera gratuita en los

casos de escasos recursos económicos de sus protectores.

“Nótese que la misma Ley 715 de 2001 habla de la prestación de un año de preescolar y nueve grados de educación básica, en su artículo 9, esto es que la norma legal contempla un mínimo de educación con relación a los menores, mas no como un límite de acceso a este servicio público formativo del menor.

“Articulando la normatividad constitucional y legal mencionada con el desarrollo que le han venido dando el Congreso de la República y el Ministerio de Educación Nacional a los grados de preescolar como lo son los llamados cursos de transición, jardín y prejardín, mediante la Ley 115 de 1994 y el Decreto 2247 de 1997, que en su orden establecieron la obligatoriedad del nivel preescolar y su aplicación por parte del Estado para niños menores de seis (6) años de edad y se determinó la edad de preescolar entre los tres (3) y cinco (5) años, la de jardín en 4 y el curso de transición en cinco (5) años, llegamos a la obligada conclusión que el derecho a la educación de los menores de cinco (5) años ha tenido un verdadero desarrollo constitucional y legal y que, de contera, el Estado cumple con sus fines esenciales como Social de Derecho facilitando el acceso y la permanencia en el sistema educativo a los menores (5) años de edad.”

En vista de lo anterior, el Juzgado considera que la tutela debe concederse, por cuanto se vulneró el derecho de los niños a la educación, sin atender a la obligación del Estado de procurar su permanencia en el sistema educativo ni al mandato constitucional que dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. De esta manera, afirma que no tiene razón el Secretario de Educación cuando manifiesta que él debe ceñirse a la normatividad elaborada por el Ministerio de Educación, pues todo servidor público debe hacer primar siempre la Constitución.

En relación con el remedio judicial afirma que el Municipio no está en condiciones de tomar determinaciones en la materia, pues no está certificado. Luego manifiesta que se debe tener “como ente accionado únicamente a la Secretaría de Educación Departamental, por corresponderle legalmente, Ley 715 de 2001, administrar y asumir las responsabilidades en el funcionamiento, oportunidad y calidad del sistema educativo en su radio territorial de competencia.”

Por lo tanto, dispone que, como las distintas sedes del colegio demandado cuentan con la infraestructura física y humana para atender los servicios de preescolar, “la orden se orientará a que la Secretaría de Educación del Departamento autorice a dichos institutos a través de sus rectorías continuar prestando sus servicios de educación preescolar a los niños representados por sus tutoras en estas acciones de tutela.”

7. El 2 de junio de 2006, La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cúcuta revocó la sentencia de tutela.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En la sentencia se expone que en las normas respectivas se determina “que la edad mínima para ingresar al grado de transición es de cinco (5) años cumplidos a la fecha del inicio del calendario escolar.” Luego se asegura que “no procede la tutela, por no darse la presunta vulneración de los derechos de los menores (...), a quien si debe el Estado proporcionarle otros mecanismos para su formación, por conducto del ICBF, que tiene, entre otros, guarderías infantiles y otras instituciones...” Anota, igualmente, que el art. 67 de la Constitución dispone que “en educación preescolar solo es obligatorio para el Estado un grado de preescolar.”

De otra parte, manifiesta que la tutela no procede contra el Ministerio, por cuanto a partir de la Ley 715 opera la descentralización administrativa en materia educativa, puesto que los departamentos quedaron certificados automáticamente.

De esta manera, la sentencia finaliza con la manifestación de que “la institución educativa accionada se ha sujetado a la normatividad imperante al respecto, sin que pueda el Juez constitucional invadir las funciones administrativas y presupuestales propias de los encargados de la vigilancia, control y efectividad de la educación, debiéndose consecuentemente revocar en su integridad el fallo de tutela cuestionado, por no darse las condiciones para su prosperidad...”

III. PRUEBAS ALLEGADAS AL PROCESO

8. Mediante auto del 29 de septiembre de 2006, el Magistrado Ponente le ordenó a la Secretaría General de la Corte Constitucional remitir un cuestionario al Ministerio de Educación, el cual fue respondido por la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio.

Las preguntas y sus respuestas fueron las siguientes:

PREGUNTA. “¿Cuál es la razón por la cual el Ministerio de Educación determinó en el literal c) del artículo 3º de la Resolución 1515 de 2003 que ‘[l]os 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 (...): 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’?”

RESPUESTA. “La Resolución 1515 de 2003 fue derogada expresamente el pasado 7 de septiembre de 2006 por la Resolución 5360, la cual contempla en su artículo 5º numeral c) el criterio de ‘Verificar que la edad mínima para ingresar al grado de transición, grado

obligatorio de preescolar, sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar.

“Lo anterior tiene como fundamento además del artículo 67 de la Constitución Política, que estipula que la educación será obligatoria entre los 5 y 15 años de edad, comprendiendo como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica, la Ley 715 de 2001 que reglamenta el Sistema General de Participaciones, el cual está compuesto por los recursos que la Nación transfiere a las Entidades Territoriales para la financiación del servicio educativo a cargo del Estado, servicio que está determinado en el art. 9° de la norma, por un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica.

“En virtud de las normas expuestas, el Ministerio de Educación Nacional instruye en la resolución a las entidades territoriales verificar la edad mínima que deben tener los niños al ingresar al sistema educativo, con el fin de que los recursos destinados para tal fin sean invertidos en la población infantil que la Constitución y la ley determinan.”

PREGUNTA. “¿Cómo se compatibiliza la norma transcrita con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 115 de 1994 acerca de la generalización en las instituciones educativas del Estado del nivel de educación preescolar de tres grados? Igualmente, ¿cómo se armoniza la norma mencionada con el artículo 2° del Decreto 2247 de 1997, que dispone que ‘la prestación del servicio público educativo del nivel preescolar se ofrecerá a los educandos de tres (3) a cinco (5) años de edad y comprenderá tres (3) grados...’?”

RESPUESTA. “El artículo 18 de la Ley 115 de 1994 contempla tres grados de educación preescolar que deberán ser generalizados de acuerdo con una programación que diseñen las entidades territoriales, la cual debe iniciarse una vez la respectiva entidad alcance una cobertura de al menos el 80% tanto en el primer grado de preescolar como en educación básica dentro de la población de seis (6) a quince (15) años. Ahora bien el artículo 2° del Decreto 2247 de 1997 fija la forma en que deberá ser prestada la educación preescolar para los menores de cinco (5) años, precisando que la implementación se adelante de manera progresiva en armonía con lo dispuesto en la Ley 115 de 1994, es decir, que las instituciones educativas que estén en condiciones de prestar el servicio de prejardín y jardín lo organicen obteniendo la autorización oficial y cumpliendo con los porcentajes de cobertura arriba

indicados.

“El artículo 5° de la Resolución 5360 de 2006 se compatibiliza con las disposiciones de la Ley 115 de 1994 y del Decreto 2247 de 1997 en la medida en que mientras las respectivas entidades territoriales no cumplan con los requerimientos antes mencionados para abrir los nuevos grados deberán verificar que la edad del niño que se va a matricular esté de acuerdo con el grado de preescolar obligatorio, que en la actualidad se imparte en las diferentes entidades territoriales del país.”

PREGUNTA. “Atendiendo a lo dispuesto en el literal c) del artículo 3º de la Resolución 1515 de 2003, ¿cuál es su consecuencia para los niños que están cerca de cumplir los cinco años de edad cuando tiene inicio el año escolar? ¿Pueden ellos ingresar al preescolar inmediatamente o tienen que esperar al próximo año escolar?”

RESPUESTA. “El numeral c) del art. 2º de la Resolución 5360 de 2006 ordena a las entidades territoriales verificar que los niños que se van a matricular para el grado de Transición deben tener cumplidos los cinco años a la fecha de inicio del calendario escolar; por tanto, los niños que no tengan la edad estipulada en la fecha que comienza dicho período deberán esperar hasta el siguiente año escolar.”

PREGUNTA. “Dado que los niños menores de cinco años de edad no pueden acceder al nivel preescolar ofrecido por los establecimientos de educación estatales, ¿a cuál institución estatal pueden acudir los padres de estos niños para la educación de sus hijos?”

RESPUESTA. “El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene diferentes programas que se encargan de la población infantil que aún no se encuentra en edad escolar, que buscan propiciar el desarrollo psicosocial, moral y físico de los niños menores de 6 años, dentro de los que se encuentran los Hogares Comunitarios de Bienestar, los Hogares Infantiles y los Jardines Comunitarios.”

PREGUNTA. “En el proceso de tutela que se revisa, el alcalde de Ocaña recalca que “en este Municipio existen los docentes y la infraestructura necesaria para cubrir la demanda de los niños para los niveles de prejardín y jardín (...) por lo que el situado fiscal no tiene por qué incrementarse ya que la planta de personal docente y directivo del municipio de Ocaña será la misma existente en este momento.” De la misma manera, el rector del establecimiento educativo demandado expresa que la institución cuenta en la actualidad con los docentes y la infraestructura requerida para prestar el servicio de prejardín a los niños menores de cinco años. Si ello es así, ¿cómo se justifica la prohibición de prestar el servicio de prejardín a los niños menores de cinco años de edad? ¿Qué funciones pasan a cumplir los docentes que atendían los primeros niveles de preescolar?”

RESPUESTA. “De acuerdo con lo estipulado en el artículo 18 de la Ley 115 de 1994, solamente podrán prestar el servicio de jardín y prejardín aquellas entidades territoriales que hayan cumplido con el 80% de cobertura en el grado de preescolar y básica. Así las cosas, de acuerdo con las cifras y los informes que reposan en el Ministerio de Educación Nacional, el Departamento de Norte de Santander aún no cumple con el porcentaje mínimo de cobertura exigido para la apertura de los nuevos grados, lo que se traduce en que existe todavía una población infantil importante, mayor de cinco años que falta por escolarizar, siendo deber de la Entidad Territorial el dirigir todos sus esfuerzos financieros y de personal para cubrir esta demanda de educación.

“Respecto a las funciones de los docentes que cubren esas plazas, el Decreto 3222 de 2003 establece que por las necesidades del servicio, la autoridad nominadora podrá efectuar los traslados que considere convenientes para la adecuada prestación del servicio educativo.”

PREGUNTA. “¿Existen diferencias en el manejo de la educación preescolar para los municipios certificados y los no certificados?”

RESPUESTA. “No existe ninguna diferencia como tal en la prestación del servicio educativo entre los municipios certificados y los no certificados, la distinción radica en quién es el responsable de la administración de los recursos del Sistema General de Participaciones, el cual en los municipios certificados está a cargo de la propia entidad territorial y en los no certificados está a cargo del departamento quien de conformidad con la ley 715 de 2001

deberá dirigir, planificar y prestar el servicio educativo en todos sus niveles.”

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

IV. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

CONSIDERACIONES y fundamentos

Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política.

Problema Jurídico

2. Se trata de establecer si el Ministerio de Educación, la Secretaría de Educación del Departamento de Norte de Santander y el Municipio de Ocaña vulneraron los principios de igualdad y de prevalencia de los derechos de los niños, así como el derecho a la educación de los niños en cuyo nombre se instauraron las acciones de tutela, al negarles la posibilidad de cursar los grados de prejardín y jardín en los que se habían matriculado, en razón de que no habían cumplido los cinco años de edad.

Una aclaración inicial: la tutela también procedía contra el Ministerio de Educación Nacional

3. En sus escritos de tutela las actoras manifiestan, en un principio, que entablan la acción contra el Departamento de Norte de Santander y el Municipio de Ocaña. Sin embargo, en el formato con el que presentan sus acciones también se incluye dentro de los demandados al Ministerio de Educación. El juez de tutela de primera instancia decidió que se debía tener como “ente accionado únicamente a la Secretaría de Educación Departamental, por corresponderle legalmente, Ley 715 de 2001, administrar y asumir las responsabilidades en el funcionamiento, oportunidad y calidad del sistema educativo en su radio territorial de competencia.” Luego, la segunda instancia plantea que la acción no procedía contra el Ministerio, como quiera que desde la Ley 715 los departamentos quedaron certificados automáticamente, con lo cual entró a operar la descentralización administrativa en materia educativa.

Esta Sala de Revisión considera que la acción de tutela también procede en este caso contra el Ministerio de Educación Nacional. Lo anterior, por cuanto, en realidad, la decisión final acerca de si se pueden abrir los cursos de prejardín y jardín está manifiestamente influenciada por el Ministerio de Educación Nacional, en la medida en que él fija los lineamientos a los que deben ajustarse los municipios y departamentos para la prestación del servicio de educación con recursos provenientes del Sistema General de Participaciones.

Por esta razón, se dispuso que el Ministerio fijara su posición sobre el asunto que se debate, a través de un cuestionario en el que se alude a tanto temas generales del marco jurídico como aspectos relevantes para el caso específico.

Ni los tratados internacionales de derechos humanos ni la Constitución Política obligan actualmente al Estado colombiano a abrir cursos de prejardín y jardín, para los niños menores de cinco (5) años de edad

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4. Las actoras afirman que las entidades demandadas vulneraron los derechos de sus hijos a

la educación y el libre desarrollo de la personalidad, así como el principio de igualdad, por cuanto decidieron clausurar los cursos de prejardín y jardín, con el argumento de que los niños no habían cumplido todavía los cinco años de edad, edad mínima para poder ingresar a una institución educativa.

El juez de primera instancia concedió la tutela invocada. Advirtió que el derecho de los niños a la educación es fundamental y que, por lo tanto, la decisión de cerrar los cursos constituía una vulneración de los derechos de los niños al acceso y permanencia en el sistema educativo y a la igualdad. Afirma también que los derechos de los niños prevalecen sobre los de las demás personas y que ello implica interpretar las normas a favor de los niños.

Por su parte, el juez de tutela de segunda instancia consideró que no se habían vulnerado los derechos fundamentales de los niños. Al respecto expone que la misma Constitución dispone que “en educación preescolar solo es obligatorio para el Estado un grado de preescolar” y que para los niños que no alcanzan esta edad el Estado ha desarrollado otros mecanismo de protección, como las guarderías infantiles.

5. El asunto planteado exige determinar, en primer lugar, las obligaciones del Estado en este campo, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución Política.

6. En el sistema universal de derechos humanos se ha destacado la importancia del derecho a la educación, como catalizador para la realización tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. Por eso, este derecho es considerado como uno de los mejores ejemplos de la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos. Al respecto se señaló en la Observación General N° 11, aprobada por el Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y referida a los Planes de Acción para la Enseñanza Primaria a los que hace referencia el artículo 14 del Pacto de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales:

“2. El derecho a la educación, reconocido en los artículos 13 y 14 del Pacto, así como en otros tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos.”

Y luego, en la Observación General N° 13, que desarrolla el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se expresó, en el párrafo primero:

“1. La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente

práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana.”

7. Los artículos 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagran el derecho a la educación. Como se puede advertir de su texto, en ellos no se hace referencia al preescolar. El grado más bajo de educación al que hacen referencia explícita es el de la educación primaria, al cual asignan una especial importancia, tanto que indican que ella debe ser gratuita y obligatoria:

“Artículo 13. 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;

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“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.

“4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

“Artículo 14. Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.” (subrayas no originales)

8. También la Convención del Niño contempla el derecho a la educación y hace énfasis en la necesidad de garantizar la educación primaria obligatoria y gratuita. Los artículos 28 y 29 rezan:

“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;

“b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

“c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos

medios sean apropiados;

“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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.” (subraya no original).

9. La misma situación se presenta en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – el Protocolo de San Salvador. El artículo 13, que consagra el derecho a la educación, reproduce en buena medida el artículo 13 del PIDESC y dispone que la educación primaria debe ser gratuita y obligatoria, sin mencionar la educación preescolar:

“Artículo 13. Derecho a la Educación

“1. Toda persona tiene derecho a la educación.

“2. Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

“3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

“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. se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

“e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales.

“4. Conforme con la legislación interna de los Estados partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

“5. Nada de lo dispuesto en este Protocolo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna de los Estados partes.” (subraya no original)

El artículo 16 del mismo Protocolo reitera el derechos de los niños a gozar de una educación primaria gratuita y obligatoria:

“Artículo 16. Derecho de la Niñez

“Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.” (subraya no original)

10. Las normas transcritas permiten concluir que los tratados internacionales de derechos humanos no contemplan la obligación del Estado de brindar el servicio educativo de preescolar. En estos tratados la obligación de prestar educación se inicia con la primaria, nivel al cual le conceden la mayor importancia al determinar que debe ser gratuita y obligatoria.

11. Por otra parte, el artículo 44 de la Constitución Política compendia los derechos constitucionales de los niños, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la educación:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos

riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La 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.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (subraya no original).

Con base en este artículo, la jurisprudencia de la Corte ha señalado de manera reiterada que el derecho de los niños a la educación es un derecho fundamental. En la sentencia T-943 de 20041 se condensó así lo expresado por la Corte sobre esta materia:

“(…) esta Corporación ha expresado en diferentes oportunidades, tales como en las Sentencias T-194 y T-055 de 2004, T-170 de 2003, T-1225 de 2000, T-513 de 1999, T-672 de 1998, T-450, T-429 y T-402 de 1992, el carácter fundamental del derecho a la educación de los menores y entre las razones que ha esbozado para justificar la protección especial consagrada por el Ordenamiento Superior, ha señalado las relativas a las características propias o inherentes a su condición de niños que suponen un estado de fragilidad y debilidad manifiesta, pues por la edad es lógico que no hayan alcanzado el pleno desarrollo físico e intelectual, por lo que no pueden valerse por sí mismos.” (subraya no original).

El artículo 67 de la Constitución Política señala, en lo esencial, cómo se debe ofrecer el servicio público de educación para garantizar el goce efectivo del derecho a la educación:

“ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

“La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

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

“La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

“Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

“La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.” (subrayas no originales)

El examen conjunto de estos dos artículos constitucionales permite concluir que la misma Constitución estableció unos mínimos que deben ser cumplidos en todo caso por el Estado colombiano para satisfacer el derecho fundamental de los niños a la educación. Este mínimo en educación se extiende entre los cinco y los quince años de edad y comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.

Lo anterior significa que, con base en la Constitución, los ciudadanos pueden exigir, incluso por medio de la acción de tutela si se reúnen los requisitos para ello, que les sea garantizado su derecho a acceder a la educación entre los cinco y los quince años de edad y entre el primer año de preescolar y el noveno de educación básica. No obstante, el Estado puede ampliar el marco de sus obligaciones a través de la legislación y eso es precisamente lo que ha hecho, tal como se observará a continuación.

El desarrollo legislativo del derecho a la educación, en punto al nivel de preescolar

12. Como se señaló, la Constitución consagró el deber general del Estado de brindar educación a los niños con edades entre los cinco y los quince años de edad, lo cual deberá comprender un año de preescolar y nueve de educación básica. Sin embargo, debe anotarse que el Legislador ha generado la posibilidad de ampliar el marco de obligaciones del Estado en materia de educación, bajo ciertas condiciones.

Mediante la Ley 115 de 1994, se expidió la “Ley General de Educación.” Esta ley dedicó la Sección Segunda del Título II al tema de la educación preescolar (artículos 15 a 18). Para el caso que se analiza son de especial interés los artículos 17 y 18, los cuales rezan:

“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.”

“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.”

De los artículos anteriores se desprende que, más allá de las obligaciones constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos, el Legislador ha establecido un proceso gradual de ampliación de la educación preescolar, atado a ciertas condiciones. Entre ellas cabe destacar (i) la de que primero se generalizaría el grado de transición en todos los municipios, en un plazo de cinco años, que se contó desde 1994, sin perjuicio de las instituciones educativas que contaban ya con más de un año de preescolar. Y (ii) la de que las entidades territoriales pueden ampliar hasta los tres grados el cubrimiento de la educación preescolar, pero siempre que demuestren antes que cumplen con el cubrimiento del 80% del grado obligatorio de preescolar – transición – y del 80% de la educación básica para los niños entre los 6 y los 15 años de edad.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Posteriormente, el artículo 9 de la Ley 715 de 2001 definió el concepto de instituciones educativas y allí reiteró lo dispuesto en la Constitución acerca de los grados de educación que deben ofrecer los centros educativos:

“ARTÍCULO 9o. INSTITUCIONES EDUCATIVAS. Institución educativa es un conjunto de personas y bienes promovida por las autoridades públicas o por particulares, cuya finalidad será prestar un año de educación preescolar y nueve grados de educación básica como mínimo, y la media. Las que no ofrecen la totalidad de dichos grados se denominarán centros educativos y deberán asociarse con otras instituciones con el fin de ofrecer el ciclo de educación básica completa a los estudiantes...”

13. Distintos decretos y resoluciones han reglamentado esas normas legales. Así lo hizo el Decreto 2247 de 1997 “por el cual se establecen normas relativas a la prestación del servicio

educativo del nivel preescolar y se dictan otras disposiciones.” Entre los considerandos del decreto se establece:

“Que el artículo 6º del Decreto 1860 de 1994, en armonía con los artículos 17 y 18 de la Ley 115 de 1994, estableció tres (3) grados en el nivel de la educación preescolar, correspondiendo el tercero al grado obligatorio que se ofrecerá a los niños de cinco años de edad, y

“Que el preescolar constituye uno de los niveles de la educación formal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 115 de 1994...”

A su vez, en sus artículos iniciales y finales se dispone:

“Artículo 1º. La educación preescolar hace parte del servicio público educativo formal y está regulada por la Ley 115 de 1994 y sus normas reglamentarias, especialmente por el Decreto 1860 de 1994, como por lo dispuesto en el presente decreto.

“Artículo 2º. La prestación del servicio público educativo del nivel preescolar se ofrecerá a los educandos de tres (3) a cinco (5) años de edad y comprenderá tres (3) grados, así:

“1. Pre-jardín, dirigido a educandos de tres (3) años de edad.

“2. Jardín, dirigido a educandos de cuatro (4) años de edad.

“3. Transición, dirigido a educandos de cinco (5) años de edad y que corresponde al grado obligatorio constitucional.

“Los establecimientos educativos, estatales y privados, que a la fecha de expedición del presente decreto, utilicen denominaciones distintas, deberán ajustarse a lo dispuesto en este artículo.

“Parágrafo. La denominación grado cero que viene siendo utilizada en documentos técnicos oficiales, es equivalente a la de Grado de Transición, a que se refiere este artículo.

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

“(…)

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“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 Pre-Jardín y Jardín, podrán hacerlo, siempre y cuando cuenten con la correspondiente autorización oficial y su implantación se realice de conformidad con lo dispuesto en el correspondiente plan de desarrollo educativo territorial.

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

También en este sentido se dictó la resolución 1515 de 2003, del Ministerio de Educación Nacional, en la cual se señaló, en el numeral c) del artículo 3, que dentro de los criterios de asignación de cupos y matrícula que los Departamentos, distritos y municipios certificados tendrían que observar se encontraba el de “[a]segurar que la edad mínima para ingresar al

grado de transición sea cinco (5) años cumplidos a la fecha del calendario escolar.”

La mencionada resolución 1515 de 2003 fue expresamente derogada por la resolución 5360 del 7 de septiembre de 2006, “por la cual se organiza el proceso de matrícula oficial de la educación preescolar, básica y media en las entidades territoriales certificadas”, en cuyo artículo 5 se reprodujo el criterio de los cinco años como condición para poder ingresar al grado de transición:

“ARTÍCULO 5°.- CRITERIOS. Las entidades territoriales certificadas tendrán en cuenta los siguientes criterios para efectuar el proceso de matrícula:

“a. Asignar los cupos oficiales en el siguiente orden de prioridad:

“(…)

“b. Asignar los cupos disponibles para estudiantes nuevos que se inscribieron durante el proceso

“c. Verificar que la edad mínima para ingresar al grado de transición, grado obligatorio de preescolar, sea de cinco (5) años cumplidos a la fecha de inicio del calendario escolar...”
(subraya no original)

En principio, la decisión actual de no abrir los cursos de prejardín y jardín, para los niños menores de cinco años, no vulnera los derechos fundamentales de los infantes de Norte de Santander

14. En su respuesta al cuestionario que le fuera enviado, el Ministerio de Educación afirma que el Departamento de Norte de Santander “aún no cumple con el porcentaje mínimo de cobertura exigido para la apertura de nuevos grados, lo que se traduce en que existe todavía una población infantil importante, mayor de cinco años, que falta por escolarizar, siendo deber de la Entidad Territorial el dirigir todos sus esfuerzos financieros y de personal para cubrir esta demanda de educación.” Ello significa que, de acuerdo con los datos con los que cuenta actualmente el Ministerio, el Departamento de Norte de Santander y sus municipios no pueden abrir todavía los cursos de prejardín y jardín en las instituciones públicas educativas. Claro está que esta decisión puede cambiar, en la medida en que el Departamento le demuestre al Ministerio que ha logrado superar el porcentaje fijado por la ley como condición para poder entrar a ofrecer los primeros cursos de preescolar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

15. Las actoras plantean que la decisión de no abrir los cursos de prejardín y jardín en el municipio de Ocaña vulnera el derecho de sus hijos a la educación y el principio de igualdad. A su vez, el juez de tutela de primera instancia consideró que se había violado el principio de la prevalencia de los derechos de los niños y de la interpretación pro infans.

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.

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

Con esta fijación de prioridades, mediante una ley adoptada por el Congreso de la República, se busca obtener que se cumpla con los niveles de educación que están contemplados como obligatorios en la Constitución. A través de la regulación mencionada – en la cual el Estado colombiano mediante un procedimiento democrático fijó unas prioridades en la ley, que no en un acto administrativo – se está avanzando progresivamente en el cumplimiento de la norma constitucional. Por lo tanto, no puede decirse que es arbitraria o caprichosa la decisión de imponer la edad mínima de cinco años como criterio para la admisión en establecimientos educativos financiados por el Sistema General de Participaciones. Esa edad es precisamente la que se ha fijado como condición para entrar al grado de transición, el grado de preescolar que es obligatorio de acuerdo con el artículo 67 de la Constitución.² De otro lado, no le corresponde a la Corte en sede de tutela juzgar la constitucionalidad del requisito del 80% de cobertura en los niveles educativos que el Legislador consideró prioritarios.

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

17. Algunos plantean que la educación preescolar es fundamental para el desarrollo integral del niño y que, por ello, el Estado debería preocuparse por brindarla. La Sala de Revisión no discrepa acerca de la importancia de la educación preescolar. Más aún, de acuerdo con las normas analizadas, el Estado colombiano es consciente de ello y procura satisfacer completamente ese nivel de educación. Pero para ello ha establecido que primero debe cumplir con sus obligaciones constitucionales en materia del grado de transición y de la educación básica, con lo cual también persigue honrar sus obligaciones internacionales de brindar en todos los casos la educación primaria.

18. Las actoras plantean también que la decisión de no abrir los cursos de prejardín y jardín vulnera el principio de igualdad. Empero no se puede comparar la situación de los niños de cinco años, que cumplen con el requisito de la edad para ingresar al preescolar, en el grado de transición, que es el obligatorio, con la situación de los niños que son menores de cinco años y que, por consiguiente, no cumplen con el requisito de la edad para poder ingresar al grado de transición. Lo anterior sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente.

19. El juez de tutela de primera instancia plantea que la decisión de no abrir los cursos de prejardín y jardín y, en consonancia, de no permitir el ingreso a preescolar de los niños menores de cinco años constituye una vulneración del principio de prevalencia de los derechos de los niños, al igual que del principio de interpretación pro infans.

La Sala de Revisión discrepa de esta posición, si bien reconoce que al juez lo guía la finalidad de promover el acceso de todos los menores a la educación. Ciertamente, en la situación que configura este proceso, estos principios no son determinantes para la decisión. Independientemente de la respuesta que se diera al asunto que se debate, en todo caso se trata de decidir cómo se distribuyen los recursos escasos existentes entre los niños de diversas edades. Es decir, el asunto es determinar si los recursos se dirigen a ofrecer los

grados de prejardín y jardín o se emplean en ofrecer los grados de transición y educación básica contemplados en la Constitución. No existe, pues un conflicto entre los derechos de los niños y los derechos de las demás personas, sino que se trata de establecer cuáles niños obtendrán los recursos existentes para educación.

En realidad, el conflicto que se plantea es entre los derechos de distintos grupos de niños: los menores de cinco años y los mayores de cinco años. Y muy probablemente esta competencia por la distribución de recursos escasos también expresa un conflicto entre los derechos de los niños que residen en los cascos urbanos, o en sus cercanías, y los niños que habitan en las veredas más alejadas de los municipios, en zonas rurales.

La misma razón hace que un eventual argumento sobre la obligación de desarrollar progresivamente los derechos no sea tampoco determinante en este caso. Independientemente de la decisión que se tomara, en todos los casos se persigue ampliar el cubrimiento del derecho a la educación, bien sea para los niños menores de cinco años, como lo pretenden las accionantes, o bien sea para los mayores de cinco años, como lo decidió el Congreso de la República al fijar el requisito del 80% de cobertura en ciertos niveles educativos como condición para “la ampliación de la atención” (art. 18 de la Ley 115 de 1994).

20. Los argumentos expuestos conducirían a negar la acción de tutela, de no ser por las especificidades de este caso a las cuales se hará referencia a continuación.

Como se advierte, la regulación nacional existente acerca de cuáles niveles y grados de educación deben ser atendidos prioritariamente apunta a darle cumplimiento a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano en materia de educación.

Desde esta perspectiva, cabe concluir que le asiste razón al Ministerio de Educación Nacional cuando procura hacer cumplir la normatividad existente sobre la materia, e incluso es apropiado instarlo para que perfeccione sus mecanismos de información y control para evitar que se produzcan situaciones como las que se analizan en este proceso.

21. Ahora bien, en el expediente se puede observar que los niños en cuyo nombre se instauraron las acciones de tutela fueron matriculados e iniciaron el año lectivo. 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. Todo ello se hizo no solo en atención a que los niños cumplían los requisitos de edad para acceder a los grados de prejardín y jardín, sino también con base en la determinación municipal de abrir esos niveles. Pues bien, 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.

Lo anterior indica 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, en aras de no afectar su desarrollo integral. Los padres de los niños matricularon de buena fe a sus hijos en la institución educativa, confiando en la decisión de la administración municipal de abrir los cursos de prejardín y jardín. A su vez, la decisión de la administración al observar que se incumplían las normas nacionales fue proceder a cerrar intempestivamente los grados mencionados, con lo cual se interrumpió la prestación del servicio de educación.

Ciertamente, una vez que los cursos fueron abiertos y que los niños iniciaron el año lectivo no puede procederse simple y llanamente a clausurarlos y retirar a los menores del establecimiento educativo, por incumplir la normativa existente sobre la materia. 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. Con ello se evitaría tanto la interrupción abrupta de los cursos como que se cause un perjuicio a los menores que habían accedido a la educación ante una oferta efectuada por el propio municipio, y luego de una decisión que fue adoptada de buena fe por sus padres.

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

Por eso, en el ámbito de la ampliación de la cobertura de educación, la asignación de recursos propios o de libre destinación por parte de las entidades territoriales para fines diferentes al cumplimiento de las prioridades educativas fijadas en la ley, ha de ser excepcional y justificada por argumentos constitucionales suficientes. En este caso militaban tales razones excepcionales. Como se ha señalado, dado que los cursos – y el proceso

educativo de los niños – ya se habían iniciado y se reunían las condiciones antes mencionadas al resaltar las especificidades de este caso, ha debido concederse la tutela impetrada. Así se dispondrá en la parte resolutive, aun cuando no se dictarán órdenes, dado que el año lectivo en el correspondiente establecimiento educativo está a punto de terminar.

22. Como se ha señalado, las normas nacionales que fijan las prioridades en el gasto público educativo y determinan que los recursos del Sistema General de Participaciones deben utilizarse con miras a cumplir con esas prioridades han de ser cumplidas por todas las autoridades, sin importar su nivel territorial. Por eso, debe alentarse al Ministerio de Educación Nacional a tomar las medidas necesarias para hacer cumplir esa normatividad. Sin embargo, en situaciones como la presente debe procurarse encontrar alternativas de solución distintas al simple cierre abrupto de los cursos, que respeten el principio de la confianza legítima y el derecho de los niños a la continuidad en la prestación del servicio de educación en aras de su desarrollo integral, en armonía con el principio de interpretación pro infans. Una de ellas podría ser la de que los niños continúen sus cursos con dineros provenientes de los recursos propios o de libre destinación de las entidades territoriales. Este caso sería una excepción a la regla general acerca de que los recursos de las entidades territoriales que se destinan a ampliar la cobertura en educación, por decisión autónoma de la correspondiente entidad, deben contribuir al logro de los objetivos que han sido fijados por la ley en materia de acceso a la educación, de acuerdo con los grados señalados en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

23. Por último, la Sala de Revisión considera necesario hacer dos aclaraciones. La primera es que la Sala es consciente de que en la sentencia T-787 de 2006 se decidió un caso diferente sobre el mismo tema.

Al respecto cabe decir que los hechos que configuran los dos procesos de tutela son diferentes. Así, mientras en el presente proceso es claro que los cursos de prejardín y jardín

fueron abiertos apenas en el año 2006 – como bien lo reconocen las demandantes y el rector de la institución educativa -, en el caso que se falló mediante la sentencia T-787 de 2006 la actora aducía precisamente que en la institución educativa correspondiente se venían ofrecido los cursos de prejardín y jardín desde el año 2002, en forma continua. Es por eso que en la sentencia se expresa que la eliminación de los cursos constituía una medida regresiva, con lo cual se vulneraba el derecho del niño en cuyo nombre se instauró la acción de tutela. 3

Como se observa, en la presente sentencia no se evidencia este elemento de la continuidad en la prestación del servicio de educación en los grados de prejardín y jardín. En el caso de que este punto también hubiera configurado la situación que se analiza en este proceso, la Sala de Revisión habría tenido que tomar una posición frente al tema de la regresividad y de la vulneración del derecho a la educación por causa de la decisión de no ofrecer más los cursos de prejardín y jardín, dentro del nivel de educación preescolar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

24. En segundo lugar, la Sala de Revisión considera necesario manifestar que, al margen de lo consignado en esta providencia, en casos especiales es posible dictar sentencias en las que se conceda el amparo impetrado para permitir, específicamente, el ingreso de niños menores de cinco años al grado de transición, lo cual es un asunto diverso al problema jurídico analizado en esta sentencia. Precisamente, la Corte ha dictado dos sentencias en las que se han fijado algunos criterios al respecto.

En la Sentencia T-943 de 2004,⁴ que trató sobre un niño 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:

“(…) 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.”

Sin embargo, en la misma sentencia se anotó que en casos específicos puede ser procedente ordenar la admisión en el grado de transición de un niño que está cercano a los cinco años de edad, de acuerdo con la ponderación que arroje el juicio de los elementos que configuran el caso:

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

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

“-Su proximidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la correspondiente entidad territorial.

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

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

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

Así, pues, en ese tipo de situaciones se ha estudiado la configuración fáctica de cada caso, para determinar si es procedente ordenar que el niño sea recibido en el grado de transición, a pesar de no cumplir con la edad mínima requerida.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cúcuta, el día 2 de junio de 2006, mediante la cual se negaron las acciones de tutela instauradas por Torcorona Santiago Menéndez y Luz Enith Botello Pabón en nombre de sus hijos Katlim Gexiba Ortiz Santiago y Edward Josué Manzano Botello, en contra del Municipio de Ocaña, del Departamento de Norte de Santander y del Ministerio de Educación Nacional. En su lugar, se concederá la tutela impetrada, por las razones que se expresan en la parte motiva de la sentencia. No obstante, dado que se avecina la terminación del año lectivo, no se impartirá la orden de abrir los cursos de prejardín y jardín clausurados.

Segundo.- Instar al Ministerio de Educación Nacional para que refuerce las medidas dirigidas a hacer cumplir la normatividad nacional sobre prioridades en materia de educación y para que perfeccione sus mecanismos de información y control con el fin de evitar que se produzcan situaciones como las que se analizan en este proceso. También se lo insta para que, en los casos en que se han abierto cursos de prejardín y jardín, en contra de lo dispuesto en las normas nacionales, procure encontrar soluciones alternativas al cierre abrupto de los mismos.

Tercero.- Instar al municipio de Ocaña para que destine los recursos del Sistema General de Participaciones a las prioridades educativas fijadas por la ley, en desarrollo de las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado colombiano en materia de educación, y para que en los casos en los que decidan invertir sus recursos propios o de libre destinación en la ampliación de la cobertura de educación se ajusten también a esas prioridades.

Cuarto.- Para garantizar la efectividad de la acción de tutela, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ocaña notificará esta sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la comunicación a la que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- Líbrese por la Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2 En distintas sentencias la Corte ha admitido que es constitucional establecer un requisito de edad para acceder a determinados derechos o a cargos públicos y que este criterio solamente es sospechoso cuando se fija una edad máxima para poder aspirar a esos bienes. Al respecto se indicó en la sentencia C-452 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “Ahora bien, es de observar que la edad sólo se trata como factor sospechoso cuando se está frente a una edad límite máxima toda vez que una vez alcanzada la edad es imposible volver atrás, lo cual hace asimilable el criterio de la edad a los tradicionalmente considerados sospechosos, por su inmodificabilidad. Lo contrario sucede con la fijación de una edad mínima porque el requisito no es imposible de alcanzar y, a menos que cese la vida, éste será indefectiblemente cumplido; en efecto, todas las personas se encuentran, potencialmente, en condiciones de llegar a la edad exigida.” Entre las sentencias que se han ocupado con el tema de la edad como requisito se encuentran la C-451 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-360 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-108 de 2001, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-789 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-676 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y T-395 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

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

4 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

5 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.