

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION DE LOS NIÑOS - Marco normativo / DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION DE LOS NIÑOS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD - El Estado tiene la obligación de eliminar las barreras que impidan el goce y disfrute efectivo de este derecho

El artículo 44 de la Constitución Política señaló que los niños merecen mayor protección y sus derechos priman sobre los de los demás... Respecto a la protección del derecho a la educación, el artículo 67 de la Constitución Política... La anterior disposición fue desarrollada, entre otras normas, por la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación... La Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que la educación es un derecho fundamental que el Estado se encuentra obligado a proporcionar y garantizar... La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la educación tiene el carácter de fundamental y es susceptible de ser protegido a través de la acción de amparo, circunstancia que hace procedente el estudio de fondo de asunto debatido. Ahora bien, en la sentencia T-791 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) la Corte Constitucional se pronunció específicamente sobre el derecho fundamental a la educación con énfasis en niños con disminución de capacidades físicas... Se concluye que los niños son titulares del derecho fundamental a la educación sin importar las limitaciones físicas o cognitivas que presenten. Por esta razón, de llegarse a presentar una situación que genere discapacidad, el Estado se encuentra en la obligación de eliminar los obstáculos al goce y disfrute efectivo de esa garantía, a través de la inclusión en el sistema tradicional, o en el especializado cuando las circunstancias lo ameriten.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 67 / LEY 115 DE 1994 / CONVENCION SOBRE LAS PERSONAS CON DICAPACIDAD - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: En relación con el derecho fundamental a la educación de los niños con discapacidad, ver sentencias de la Corte Constitucional: T-791 de 2014, T-780 de 1999, T-963 de 2004, T-773 de 2006, T-826 de 2004, T-139 de 2013, T-495 de 2012, T-1248 de 2008, T-608 de 2007 y T-109 de 2012.

PROTECCION DEL DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS - Secretaría de Educación Distrital debe garantizar el acceso a un establecimiento educativo público que satisfaga las necesidades del menor

En el caso sub judice el accionante, actuando en representación del menor, solicitó que se ordenara a la Secretaría de Educación Distrital adelantar las gestiones o acuerdos necesarios para que se restablezca el convenio educativo con el Gimnasio Artístico de Suba, o en su defecto se garantice un cupo en un establecimiento educativo público cercano a la residencia del accionante, que cumpla las condiciones necesarias para el desarrollo idóneo del menor... Se tiene entonces que el problema jurídico a resolver en el presente caso es si la Secretaría de Educación Distrital se encuentra obligada, y en qué forma, a garantizar la prestación del servicio educativo al menor. De conformidad con los hechos expuestos se acreditó que el niño se encuentra en estado de discapacidad permanente, pues padece de la ausencia congénita completa de los miembros superiores. A su vez, el padre del menor manifiesta que no puede sufragar el costo de los servicios educativos requeridos, debido a que su grupo familiar está conformado por otras 3 niñas menores de edad... De conformidad con las consideraciones realizadas en el numeral I de la parte motiva de esta providencia, el Estado está obligado a propender por el acceso al derecho a la educación de

los niños en situación de discapacidad... A partir de lo dispuesto en la norma transcrita, esta Corporación encuentra acertada la orden emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia, en la medida en que le impone a la Secretaría de Educación Distrital la carga de garantizar la prestación del servicio a través de las instituciones educativas adscritas al Sistema Educativo Oficial. Sentado lo anterior, corresponde a la Sala pronunciarse frente a los argumentos expuestos por la parte demandante en el escrito de impugnación, según los cuales es necesario que la orden se dirija a garantizar al menor un cupo en el Gimnasio Artístico de Suba, institución educativa de carácter privado en la que ha adelantado sus estudios en los últimos cinco años... Se observa entonces que la pretensión elevada en esta etapa procesal contradice directamente la petición contenida originalmente en la solicitud de amparo, circunstancia que si bien no constituye en sí misma una irregularidad, plantea serios interrogantes sobre la necesidad real de que el servicio educativo tenga que ser brindado exclusivamente en la institución educativa de carácter privado. Aunado a lo anterior se destaca que si bien el actor invocó un concepto emitido por un psicólogo, no lo aportó al expediente, ni allegó prueba o elemento de juicio alguno que permita concluir que efectivamente, el hecho de que se garantice el servicio educativo en un establecimiento distinto al Gimnasio Artístico de Suba implique un perjuicio o amenaza de los derechos fundamentales del menor. Debe tenerse en cuenta que la misma representante legal del Gimnasio Artístico de Suba manifestó que la institución no se especializa en la prestación de servicios educativos para niños con discapacidad situación que evidencia que, por lo menos en principio, el menor no vería desmejoradas las condiciones de atención que actualmente le son ofrecidas. Por último, se reitera que como lo dispone el artículo 1 de la Ley 1294 de 2009, la contratación de la prestación del servicio educativo con entidades de carácter particular solamente procede en aquellos casos en los que se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial, evento que no se acreditó en el caso bajo estudio. Como consecuencia de los argumentos expuestos, se impone la confirmación de la sentencia proferida el 20 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que tuteló los derechos a la educación inclusiva y a la vida en condiciones dignas.

FUENTE FORMAL: LEY 1294 DE 2009 - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01575-01(AC)

Actor: CARLOS ALBERTO SANCHEZ BOTIA EN REPRESENTACION DE SU HIJO MENOR

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL Y OTRO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte accionante, en contra de la sentencia del 20 de marzo de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, concedió el amparo solicitado.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor Carlos Alberto Sánchez Botia, actuando en representación de su hijo, acudió ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de solicitar la protección del derecho fundamental a la educación inclusiva, presuntamente vulnerado por el Ministerio de Educación, la Secretaría de Educación Distrital y el colegio Gimnasio Artístico de Suba.

Solicita en amparo de los derechos invocados, que se ordene a las entidades accionadas adelantar las gestiones o acuerdos necesarios para que se mantenga o restablezca el convenio educativo con el Gimnasio Artístico de Suba, o en su defecto se otorgue un cupo en un establecimiento educativo público cercano a la residencia del accionante, que cumpla las condiciones necesarias para el desarrollo idóneo del menor.

Lo anterior, lo fundamentó en los siguientes hechos y consideraciones (fls 1-11):

Relata el actor que su hijo, nacido el 21 de octubre de 2004, padece una discapacidad física consistente en la ausencia congénita completa de los miembros superiores.

Señala que en el año 2010 se consiguió un cupo educativo para el menor en el Gimnasio Artístico de Suba, a través de un convenio celebrado por la Secretaría Distrital de Educación.

Observa que el convenio entre la institución educativa y la Secretaría Distrital de Educación culminó en el año 2012.

Informa que ante lo anterior, la familia del menor llegó a un acuerdo con el Gimnasio Artístico de Suba según el cual, los padres se obligaron a cancelar la

matrícula anual mientras que la institución asumiría el costo de las pensiones mensuales.

Menciona que a principios del año lectivo de 2015 el colegio decidió cesar la prestación de la ayuda a los padres del menor, quienes por esta razón se vieron obligados a asumir el costo total del servicio educativo.

Manifiesta que no se encuentra en capacidad de sufragar el costo de los servicios educativos que requiere su hijo, toda vez que junto a su compañera conforma un hogar de escasos ingresos que tiene a cargo el cuidado y mantenimiento de tres hijas más, de 16, 13 y 9 años de edad.

Recuerda que por mandato expreso de la Constitución, los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, más aún cuando se trata de un caso en que se presenta una situación de discapacidad. En este orden, considera que tanto el Estado como la institución educativa deben adoptar medidas de discriminación positiva a su favor, orientadas a garantizar su integración social y el pleno disfrute de todos sus derechos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Educación se opuso a las pretensiones de la solicitud de amparo con fundamento en las razones que se exponen a continuación (fls. 26-33):

Destaca que si bien es cierto que a la entidad le corresponde garantizar la prestación del servicio público de educación a niños, niñas y adolescentes con discapacidades, tal obligación debe ajustarse a la ley y disposiciones reglamentarias que rijan la materia, teniendo en cuenta que dentro de los principios rectores se encuentra el de prevalencia del interés general.

Estima que no se han vulnerado los derechos invocados pues como lo indicó la Oficina de Cobertura, el colegio privado Gimnasio Artístico de Suba no tiene vínculo contractual vigente con la Secretaría de Educación de Bogotá.

Señala que en aras de garantizar el acceso a la educación, determinar las competencias curriculares y conocer las habilidades del menor para asignar la institución más adecuada con su proceso pedagógico, el Director de Cobertura solicitó la realización de una valoración pedagógica en el colegio oficial Gonzalo Arango (IED), ubicado cerca de la residencia del demandante.

De esta manera, aclara que uno de los mecanismos legales para garantizar el derecho a la educación en casos como el discutido es la asignación de cupos especiales con necesidades educativas especiales, previa valoración pedagógica en la forma y con las exigencias señaladas en el literal c del artículo 22 de la Resolución No 1231 de 2013 y los artículos 20 y 21 de la Resolución No 1457 de 2014.

Por lo anterior, sostiene que no puede afirmarse que la entidad haya incurrido en violación de los derechos fundamentales del niño, por cuanto ya inició el trámite correspondiente.

Destaca que la integración de estudiantes con discapacidad es un proceso complejo que va más allá de asignar un pupitre y en el que deben participar la familia, el colegio y el estudiante, y para el cual la SED adelanta un programa de inclusión escolar.

Ahora bien, advierte que ante las limitaciones existentes en la prestación de los servicios educativos es necesario tener en cuenta que de conformidad con el artículo 1° de la Ley 1294 de 2009 (que modificó la Ley 1176 de 2007) las entidades territoriales certificadas lo prestarán de manera preferencial a través del Sistema Educativo Oficial, y que de manera residual ante la insuficiencia, podrá contratarse a entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares.

En el presente caso indica que ante la imposibilidad de otorgar un cupo en el colegio privado con el cual la SED no tiene vínculo contractual, es necesario acudir a los colegios oficiales para realizar la valoración de la que se habló anteriormente y así poder garantizar el derecho a la educación.

Por su parte, la representante legal del Gimnasio Artístico de Suba, se pronunció sobre la solicitud de amparo en los siguientes términos (fls. 45-48):

Explica que la institución educativa es de carácter privado y no está especializada en la prestación de servicios educativos para niños con discapacidad.

Aclara que ante la terminación del convenio con la Secretaría de Educación Distrital, el colegio decidió otorgar una beca al estudiante, beneficio que se brindó durante tres años lectivos (2012-2014).

Agrega que las condiciones favorables no pudieron permanecer para el año 2015 debido al retraso del pago de matrícula por parte de los padres y a la compleja situación económica que atraviesa la institución, pero que en todo caso se accedió a realizar un descuento del 10% en el valor de la pensión mensual.

Así las cosas, alega que la institución educativa nunca ha negado el derecho a la educación del menor Camilo Andrés Sánchez Cruz, pues ha brindado los recursos necesarios para que reciba una prestación digna y ha asumido obligaciones que constitucionalmente se encuentran a cargo del Estado.

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 20 de marzo de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, tuteló los derechos fundamentales a la educación inclusiva y la vida en condiciones dignas de Camilo Andrés Sánchez Cruz, y en consecuencia, ordenó al Secretario de Educación Distrital que de manera inmediata, previa culminación de los trámites previstos en la Resolución No. 1457 de 2014, garantizara al menor el acceso a un establecimiento educativo público, cercano a su residencia, que cumpla las condiciones de calidad e inclusión requeridas por aquél.

Lo anterior, con fundamento en las razones que se exponen a renglón seguido (fls. 50-63):

En primer lugar realiza algunas consideraciones sobre la protección constitucional reforzada de los niños con discapacidad y el derecho a la educación inclusiva, para lo cual retoma las sentencias T-608 de 2007 y T-794 de 2010 de la Corte Constitucional.

Destaca que según el artículo 21 del Decreto 330 de 2008, una de las atribuciones de la Secretaría de Educación de Bogotá es diseñar programas dirigidos a la inclusión e integración de niños, niñas y jóvenes en situación de discapacidad.

Concluye que los niños y niñas con discapacidad gozan de especial protección del Estado y son titulares de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad, los cuales pueden ser reclamados a través de la acción de tutela.

Descendiendo al caso concreto, señala que el menor Camilo Andrés Sánchez Cruz goza de protección constitucional reforzada que obliga al Estado a garantizar, por intermedio de la Secretaría de Educación Distrital, los derechos fundamentales invocados.

Añade que la autoridad mencionada debe dar prelación al Sistema Educativo Oficial para efectos de la prestación del servicio público requerido por el accionante.

En este sentido, considera que el trámite que se está adelantando para la vinculación del menor a una institución educativa oficial (Colegio Gonzalo Arango IED) previas las actuaciones contempladas en la Resolución No. 1457 de 2014, es adecuado y tiene como fin superar las condiciones de vulnerabilidad del menor.

No obstante lo anterior, estima que debe accederse al amparo solicitado y proceder con la orden dirigida a la entidad accionada, en la medida en que se trata de una persona que goza de una protección constitucional reforzada.

LA IMPUGNACIÓN

Mediante escrito radicado el 10 de abril de 2015, la parte actora impugnó la sentencia antes descrita, con fundamento en los argumentos a continuación se sintetizan (fl. 69-79):

En primer lugar aclara que la discapacidad de su hijo solamente es a nivel físico y que sus capacidades intelectuales se encuentran en excelentes condiciones.

Señala que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta que el menor ha adelantado su proceso educativo en el Gimnasio Artístico de Suba durante los

últimos 5 años, institución en que ya existe un acondicionamiento físico, intelectual y social.

De esta manera, considera que separar a su hijo del entorno del colegio al que ha asistido por los últimos años podría generar graves consecuencias para su salud mental y emocional.

Destaca que se ha desarrollado un alto grado de confianza y respeto con los miembros de la comunidad académica del Gimnasio Artístico de Suba (compañeros, maestros y directivas), por lo que un cambio como el que pretende realizar la entidad accionada podría ser perjudicial para el menor.

Afirma que existe un concepto de un profesional de la psicología según el cual, el cambio de institución educativa puede generar en el niño graves consecuencias de índole emocional, cognitiva y social, entre otras, y alega que la orden proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no supera la situación de amenaza de los derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Sobre la prestación del servicio público de educación y su dimensión de derecho fundamental

Considera la Sala pertinente establecer el marco normativo del presente asunto, y especialmente aquél que delimita la obligación del Estado de promover, garantizar y proteger el derecho a la educación de los niños.

Sobre el particular, el artículo 44 de la Constitución Política señaló que los niños merecen mayor protección y sus derechos priman sobre los de los demás, en los siguientes términos:

“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.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Respecto a la protección del derecho a la educación, el artículo 67 de la Constitución Política dispone:

"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, la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

(...)

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 años de educación básica.

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

Conforme a la norma en cita, este derecho adquiere el carácter fundamental si está en cabeza de un niño e implica para el Estado que el acceso a la educación es obligatorio y gratuito para quienes no cuentan con los recursos suficientes para sufragarla, discutiéndose en este caso la permanencia en el nivel de preescolar.

La anterior disposición fue desarrollada, entre otras normas, por la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, que en sus artículos 11 y 17 estableció:

“NIVELES DE LA EDUCACIÓN FORMAL. La educación formal a que se refiere la presente Ley, se organizará en tres (3) niveles:

- a) El preescolar que comprenderá mínimo un grado obligatorio;
- b) La educación básica con una duración de nueve (9) grados que se desarrollará en dos ciclos: La educación básica primaria de cinco (5) grados y la educación básica secundaria de cuatro (4) grados, y
- c) La educación media con una duración de dos (2) grados.

La educación formal en sus distintos niveles, tiene por objeto desarrollar en el educando conocimientos, habilidades, aptitudes y valores mediante los

cuales las personas puedan fundamentar su desarrollo en forma permanente.

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.

La Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que la educación es un derecho fundamental que el Estado se encuentra obligado a proporcionar y garantizar, y cuyo contenido se expresa a partir de los siguientes aspectos:

"i) La educación constituye una función social y un pilar fundamental del desarrollo y evolución de la sociedad, por esta razón el Estado debe asegurar una adecuada prestación de este servicio, *"con el propósito de realizar los principios básicos de un Estado social de derecho, como el pluralismo, la tolerancia, el respeto a la dignidad humana y desarrollar una cultura alrededor de los valores que alimentan la democracia y, además, se instituye en un instrumento apto para formar a las colombianas y colombianos en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia, en la práctica del trabajo y la recreación"*¹.

ii) La educación como derecho constitucionalmente consagrado adquiere el carácter de servicio público, cuya prestación está a cargo tanto de las entidades estatales como de los particulares, quienes conjuntamente deben garantizar el adecuado cubrimiento y la efectiva prestación del mismo.

(...)

iii) La educación constituye un presupuesto para la efectividad de otros derechos constitucionales (...)

v) Para garantizar la protección del derecho a la educación y la efectiva prestación del servicio, debe el Estado desarrollar y adelantar políticas para el acceso a la educación y para el adecuado cubrimiento del mismo. (...)

vi) El Estado puede delegar la prestación del servicio en particulares bajo el control y la vigilancia de éste (...).

vii) Por su carácter descentralizado, entre las múltiples entidades encargadas de velar por el debido y estricto funcionamiento del sistema educativo nacional se encuentran las entidades territoriales, las cuales de acuerdo con la Constitución y la ley están facultadas para realizar gestiones encaminadas al mejoramiento del servicio. Dentro de estas facultades se encuentra la distribución de la planta docente en el departamento, en

¹ Sentencia T-780/99. M.P. Álvaro Tafúr Gálvis.

cabeza del Gobernador, para ello podrán de manera discrecional trasladar docentes dentro de su jurisdicción de acuerdo con las necesidades del servicio. “*Esta facultad conocida como el ius variandi obedece a criterios de discrecionalidad para modificar la ubicación territorial de los funcionarios, con el fin de solucionar necesidades insatisfechas de la población en materia educacional.*”²

viii) Dentro de los ámbitos de desarrollo del derecho a la educación se tiene el prestacional. Es así que la correcta prestación del servicio de la educación pública genera un gasto para la administración que debe ser soportado con los recursos públicos a fin de garantizar el acceso de los ciudadanos que lo requieran. Así, dentro de los planes y presupuestos de la nación y de las entidades territoriales, el gasto público *social* tiene prioridad sobre cualquier otro. Bajo ésta misma perspectiva los directores de las entidades territoriales deben velar por el adecuado cumplimiento de las políticas educativas, con el fin de garantizar el cubrimiento de la población que requiera del servicio.

ix) Al ser la educación un derecho fundamental que debe ser proporcionado y garantizado por el Estado, se tiene además que todos y cada uno de los habitantes del país tienen el derecho de acceder a ella, sin ningún tipo de discriminación. Tratándose de menores que se encuentran en zonas rurales o apartadas de cabeceras municipales, debe prestarse una especial atención a esta población teniendo en cuenta que su ubicación geográfica, no puede, ni debe ser, un impedimento para el adecuado goce y disfrute de sus derechos. En estos casos es deber del Estado disponer de centros educativos para que los menores puedan asistir a ellos, dotar a esos centros educativos de los elementos mínimos para la prestación del servicio, así como nombrar docentes idóneos y en cantidad suficiente para atender la demanda educativa en forma continua.^{3,4}

En los anteriores términos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho a la educación tiene el carácter de fundamental y es susceptible de ser protegido a través de la acción de amparo, circunstancia que hace procedente el estudio de fondo de asunto debatido.

Ahora bien, en la sentencia T-791 de 2014 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) la Corte Constitucional se pronunció específicamente sobre el derecho fundamental a la educación con énfasis en niños con disminución de capacidades físicas, en los siguientes términos:

“(…) es posible encontrar un consenso en el derecho internacional sobre las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia para garantizar el derecho fundamental a la educación en los niños y niñas, las cuales integran nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad. También están incorporados de manera directa en

² Ley 115/1994, Sentencia C-918/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³ Sentencia T 963/2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴ Sentencia T-773/2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

nuestra Carta Política en los artículos 44 que consagra “*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. (...)*” y 67 “*(...) El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad*”.

10.2. Ahora bien, puesto que los niños y niñas son titulares del derecho a la educación debe concluirse, que en virtud del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 superior, aquellos que tienen disminución de su capacidad física, cognitiva o de cualquier otro tipo, son acreedores de esa garantía, máxime si por su especial condición se encuentran en estado de vulnerabilidad.

10.3. Como se expuso en la Sentencia T-826 de 2004, no hay razones para considerar que los niños y las niñas con limitaciones físicas, cognitivas u otras, tengan menos derecho que los demás a recibir educación. Sobre el particular la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵ señala que “*[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas*”. También estipula que “*los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. (...) [y en ese sentido] 3. [l]os Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad*”⁶.

10.4. Sin embargo, a pesar de los instrumentos de derecho que obligan al Estado colombiano a propender por la igualdad, el derecho de los niños y su garantía a acceder a la educación, no puede desconocerse el trato discriminatorio al que han sido sometidos⁷. Con base en ello, la Corte ha señalado algunas directrices para guiar la aplicación de los derechos de los niños y las niñas a la educación, las cuales han sido sintetizadas en la Sentencia T-139 de 2013.

10.4.1. La primera, se fundamenta en el hecho incontrovertible de la vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y niñas con problemas de discapacidad, debido a la discriminación histórica que han sufrido. Por ello, el Estado, la sociedad y la familia “*están obligados a adoptar acciones afirmativas a su favor orientadas a garantizar la integración social y el total disfrute de los derechos*”⁸.

⁵ Art. 1 “*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*” // 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 (...)*”.

⁶ Artículo 24.

⁷ Ver Sentencia T-826 de 2004.

⁸ Sentencia T-139 de 2013. Además pueden consultarse las sentencias T-495 de 2012, T-1248 de 2008 y T-608 de 2007, entre otras.

10.4.2. La segunda, parte de la relación entre discapacidad y los contextos sociales intolerantes, los cuales “*dan origen a las situaciones concebidas por la sociedad como ‘discapacitantes’*”⁹.

(...)

En esa medida, las acciones del Estado y la sociedad deben propender porque esa población alcance el mayor nivel posible de autonomía y participación en todas las decisiones que los afecten. Ello indica que el goce efectivo del derecho a la educación de las personas que presentan una reducción en sus capacidades físicas o cognitivas requiere “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”¹⁰.

(...)

10.4.3. La tercera, se refiere a la prevalencia del modelo inclusivo de educación para niños y niñas con limitaciones físicas o cognitivas frente al especializado, porque “*la regla general es la garantía de la posibilidad de acceder al sistema educativo en aulas regulares de estudio (...). La educación especial debe entenderse como la última opción, es decir, debe operar de forma excepcional*”¹¹.

La Convención sobre personas con discapacidad establece en su artículo 24 que con el fin de hacer efectivo el derecho a la educación “*sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida (...)*” y a su vez, señala que los Estados deben garantizar que “*las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad*”.

En materia legal, el artículo 46 de la Ley 115 de 1994, “*Ley General de Educación*”, estipula que “*La educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo. || Los establecimientos educativos organizarán directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos.*”.

A su vez, el artículo 11 de la Ley 361 de 1997, “*Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, señala que “*En concordancia con lo establecido en la Ley 115 de 1994, nadie podrá ser discriminado por razón de su limitación, para acceder al servicio de educación ya sea en una entidad pública o privada y para cualquier nivel de formación. // Para estos efectos*

⁹ Sentencia T-109 de 2012.

¹⁰ Artículo 2º de la Convención sobre las personas con discapacidad.

¹¹ Sentencia T-974 de 2010.

y de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente, el Gobierno Nacional promoverá la integración de la población con limitación a las aulas regulares en establecimientos educativos que se organicen directamente o por convenio con entidades gubernamentales y no gubernamentales, para lo cual se adoptarán las acciones pedagógicas necesarias para integrar académica y socialmente a los limitados, en el marco de un Proyecto Educativo Institucional. // Las entidades territoriales y el Gobierno Nacional, a través del Sistema Nacional de Cofinanciación, apoyarán estas instituciones en el desarrollo de los programas establecidos en este capítulo y las dotará de los materiales educativos que respondan a las necesidades específicas según el tipo de limitación que presenten los alumnos”.

De conformidad con estos mandatos y en armonía con los principios constitucionales, esta Corporación en Sentencia T-443 de 2004, concluyó que el Estado debe garantizar el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad y solo en casos excepcionales debe brindarla en aulas especializadas.¹²

Del análisis de la jurisprudencia constitucional se concluye que los niños son titulares del derecho fundamental a la educación sin importar las limitaciones físicas o cognitivas que presenten. Por esta razón, de llegarse a presentar una situación que genere discapacidad, el Estado se encuentra en la obligación de eliminar los obstáculos al goce y disfrute efectivo de esa garantía, a través de la inclusión en el sistema tradicional, o en el especializado cuando las circunstancias lo ameriten.

II. Análisis del caso en concreto

En el caso *sub judice* el accionante, actuando en representación del menor Camilo Andrés Sánchez Cruz, solicitó que se ordenara a la Secretaría de Educación Distrital adelantar las gestiones o acuerdos necesarios para que se restablezca el convenio educativo con el Gimnasio Artístico de Suba, o en su defecto se garantice un cupo en un establecimiento educativo público cercano a la residencia del accionante, que cumpla las condiciones necesarias para el desarrollo idóneo del menor.

Igualmente se tiene que en el fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó al Secretario de Educación Distrital que de manera inmediata, previa culminación de los trámites previstos en la Resolución No. 1457 de 2014, garantizara al menor el acceso a un establecimiento educativo público,

¹² Sentencia T-791 de 2014 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

cercano a su residencia, que cumpla las condiciones de calidad e inclusión requeridas por aquél.

No obstante lo anterior, la parte actora se opuso a la decisión proferida el 20 de marzo de 2015, con el argumento de que un cambio de institución educativa puede generar en el niño graves consecuencias de índole emocional, cognitivas y sociales, por lo que es necesario que se celebre el convenio con el colegio Gimnasio Artístico de Suba.

Se tiene entonces que el problema jurídico a resolver en el presente caso es si la Secretaría de Educación Distrital se encuentra obligada, y en qué forma, a garantizar la prestación del servicio educativo al menor Camilo Andrés Sánchez Cruz.

De conformidad con los hechos expuestos se acreditó que el niño Camilo Andrés Sánchez Cruz se encuentra en estado de discapacidad permanente, pues padece de la ausencia congénita completa de los miembros superiores.

A su vez, el padre del menor manifiesta que no puede sufragar el costo de los servicios educativos requeridos, debido a que su grupo familiar está conformado por otras 3 niñas menores de edad.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, la Sala considera que la acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación del menor discapacitado, ya que la disminución en sus capacidades físicas y las repercusiones que ello tiene sobre su vida, ameritan la intervención inmediata del juez de tutela.

Así las cosas y de conformidad con las consideraciones realizadas en el numeral I de la parte motiva de esta providencia, el Estado está obligado a propender por el acceso al derecho a la educación de los niños en situación de discapacidad.

En este punto es necesario destacar que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1294 de 2009, la prestación del servicio educativo se realizará de la siguiente manera:

“Los Departamentos, Distritos y Municipios certificados, prestarán el servicio público de la educación a través del Sistema Educativo Oficial.

Solamente en donde se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrá contratarse la prestación del servicio educativo con entidades sin ánimo de lucro, estatales o entidades educativas particulares cuando no sean suficientes las anteriores, que cuenten con una reconocida trayectoria e idoneidad, sin detrimento de velar por la cobertura e infraestructura en los servicios educativos estatales. El valor de la prestación del servicio financiado con recursos del sistema general de participaciones no puede ser superior a la asignación por estudiante, definido por la Nación. Cuando el valor sea superior, el excedente se pagará con recursos propios de la entidad territorial, con las restricciones señaladas en la presente ley.”

A partir de lo dispuesto en la norma transcrita, esta Corporación encuentra acertada la orden emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia de primera instancia, en la medida en que le impone a la Secretaría de Educación Distrital la carga de garantizar la prestación del servicio a través de las instituciones educativas adscritas al Sistema Educativo Oficial.

Sentado lo anterior, corresponde a la Sala pronunciarse frente a los argumentos expuestos por la parte demandante en el escrito de impugnación, según los cuales es necesario que la orden se dirija a garantizar al menor un cupo en el Gimnasio Artístico de Suba, institución educativa de carácter privado en la que ha adelantado sus estudios en los últimos cinco años.

Sobre esta cuestión, llama la atención de la Sala que en el mismo escrito de tutela mediante el cual se dio inicio a la presente actuación, el padre del menor solicitó ordenar todas las medidas necesarias para restablecer “el convenio educativo con el colegio Gimnasio Artístico de Suba, o en su defecto en un establecimiento educativo público cercano a nuestra residencia” (fl. 12).

Se observa entonces que la pretensión elevada en esta etapa procesal contradice directamente la petición contenida originalmente en la solicitud de amparo, circunstancia que si bien no constituye en sí misma una irregularidad, plantea serios interrogantes sobre la necesidad real de que el servicio educativo tenga que ser brindado exclusivamente en la institución educativa de carácter privado.

Aunado a lo anterior se destaca que si bien el actor invocó un concepto emitido por un psicólogo, no lo aportó al expediente, ni allegó prueba o elemento de juicio

alguno que permita concluir que efectivamente, el hecho de que se garantice el servicio educativo en un establecimiento distinto al Gimnasio Artístico de Suba implique un perjuicio o amenaza de los derechos fundamentales del menor.

Debe tenerse en cuenta que la misma representante legal del Gimnasio Artístico de Suba manifestó que la institución no se especializa en la prestación de servicios educativos para niños con discapacidad (fl. 46) situación que evidencia que, por lo menos en principio, el menor no vería desmejoradas las condiciones de atención que actualmente le son ofrecidas.

Por último, se reitera que como lo dispone el artículo 1º de la Ley 1294 de 2009, la contratación de la prestación del servicio educativo con entidades de carácter particular solamente procede en aquellos casos en los que se demuestre insuficiencia o limitaciones en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial, evento que no se acreditó en el caso bajo estudio.

Como consecuencia de los argumentos expuestos, se impone la confirmación de la sentencia proferida el 20 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que tuteló los derechos a la educación inclusiva y a la vida en condiciones dignas de Camilo Andrés Sánchez Cruz.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 20 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, tuteló los derechos a la educación inclusiva y a la vida en condiciones dignas de Camilo Andrés Sánchez Cruz, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal de origen

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE. Remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ