

DERECHO A LA EDUCACION – Obligatoriedad / EDUCACION PREESCOLAR – Ampliación de la cobertura

La Constitución Política consagra unos parámetros mínimos que, en cualquier caso, deben ser cumplidos por el Estado Colombiano con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la educación de los niños, prestando en forma obligatoria el servicio de educación a los menores entre los 5 y los 15 años de edad, comprendiendo un grado de preescolar y nueve de educación básica. Sin embargo, la Jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que dicho parámetro no constituye una prohibición para ampliar la cobertura de la educación, porque este servicio público es de vital importancia para el cumplimiento de los fines del Estado. Los artículos 17 y 18 de la Ley 115 de 1994 y 20 del Decreto 2247 de 1997, permiten concluir que el legislador ha previsto el deber de aumentar gradualmente el servicio de educación, pues la exigencia de grados obligatorios no son óbice para que las instituciones educativas del Estado ofrezcan más de un grado de preescolar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 67 / LEY 115 DE 1994 – ARTICULO 18 / DECRETO 2247 DE 1997 – ARTICULO 20 / DECRETO 2247 DE 1997 – ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: Sobre la educación preescolar: Consejo de Estado, Sección Quinta, Rad. 2004-0005-01(AC),MP. Darío Quiñones Pinilla.

DERECHO A LA EDUCACION – Vulneración por impedirse acceso a grados de preescolar / COBERTURA EN EDUCACION PREESCOLAR – Prohibición de regresividad

En el caso concreto, tanto de los argumentos de la contestación de la demanda y de la impugnación, así como de la revisión de varias sentencias que versan sobre hechos idénticos, la Sala infiere que el Municipio de Pasto ha ampliado la cobertura en el servicio de educación y ha prestado dicho servicio a los menores de cinco años. En relación con la ampliación de la cobertura, el Consejo de Estado indicó que se vulnera el derecho a la educación de los menores al impedir el acceso a los grados de prejardín y jardín, cuando una institución educativa que durante largo tiempo ha prestado el servicio de educación en los niveles señalados decide intempestivamente impedir el acceso a los mismos. Para la Sala no existe razón que justifique la no apertura de inscripciones en el Jardín Infantil Piloto, para niños menores de cinco años, porque en virtud de las normas mencionadas venía ampliando la cobertura en educación preescolar, medida que en manera alguna puede ser regresiva so pena de vulnerar, como en

efecto ocurrió, el derecho fundamental a la educación de los niños. En este sentido y reiterando su Jurisprudencia, la Sala considera que en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental a la educación del menor Julián David Castro Termal, comoquiera que la entidad territorial demandada generó la expectativa legítima de acceso al servicio de educación preescolar de aquél, expectativa que se vio defraudada cuando intempestivamente y con una medida regresiva decidió no permitir la matrícula de nuevos estudiantes, luego de ampliar la cobertura del servicio. La Sala precisa que en razón a que el Ministerio de Educación Nacional, como quedó expuesto, se encuentra en la obligación de prestar el servicio de educación y deberá apoyar a las instituciones oficiales y privadas que proporcionen dicho servicio a la población menor de 6 años, no debe ser desvinculado de la presente acción de tutela.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la vulneración del derecho a la educación por impedirse el acceso a los niveles de preescolar: Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Rad. AC-2007-00235, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., dieciseis (16) de junio de dos mil once (2011)

Radicación núm.: 52001 2331 000 2011 0174 01(AC)

Actor: JENNY MARCELA CASTRO TERMAL

Demandado: MINISTERIO DE EDUCACION Y OTRO

Acción de Tutela

La sala decide sobre la impugnación formulada por el Ministerio de Educación Nacional y la Alcaldía de Pasto, contra la sentencia de 24 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que

amparó los derechos fundamentales a la educación e igualdad del menor Julián David Castro Bernal.

I.- La pretensión y los hechos en que se funda

La señora Jenny Marcela Castro Termal, en calidad de representante legal de su hijo Julián David Castro Termal, instauró acción de tutela, contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la educación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

Dentro del acápite de pretensiones solicitó:

“1) Se le tutelen a mi hijo menor de edad los derechos fundamentales a la igualdad, a la educación y al libre desarrollo de la personalidad.

2) En consecuencia, se ordene al Ministerio de Educación Nacional autorizar, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, al Municipio de Pasto la prestación de los servicios educativos de preescolar en los cursos de prejardín y Jardín a través del Jardín Infantil Piloto de la Institución Educativa Municipal INEM.

3) De igual manera, se ordene al Ministerio de Educación Nacional que, dentro de las 48 (sic) siguientes a la notificación del fallo de tutela y con cargo a su presupuesto, se realicen las transferencias de los recursos necesarios para la prestación de los servicios mencionadas (sic) hasta que mi hijo ingrese al grado de transición de preescolar.”

Como fundamentos fácticos se resumen los que siguientes:

1.- El Municipio de Pasto prestaba en el Jardín Piloto INEM el servicio de preescolar en los niveles prejardín, jardín y transición para niños de 3, 4 y 5 años de edad, en los periodos lectivos 2002-2003, 2003-2004 y 2004-2005, con transferencias de la Nación para el pago de la nómina de los docentes.

2.- Para el periodo 2005-2006, el Municipio de Pasto informó a los padres de familia de los menores de 3 y 4 años que dando cumplimiento a lo ordenado en la Resolución 1515 del 8 de julio de 2003, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, no se permitiría la matrícula de estos menores, toda vez que sólo se iban a transferir los valores requeridos por cada niño de 5 años en adelante, dejando al Municipio sin los recursos suficientes para el pago de la nómina y demás gastos de funcionamiento.

3.- Por vía de tutela, se logró obtener la protección del derecho a la educación de los niños de 3 y 4 años para los periodos lectivos comprendidos entre el 2005 y 2009.

4.- Para el periodo de 2009-2010, el servicio de educación de primera infancia fue ofertado a través del banco de oferentes. Sin embargo, en lo que respecta al presente año lectivo, se informó que el Municipio no contaba con los recursos necesarios para la educación de primera instancia, por lo que la actora se ha visto imposibilitada para matricular a su hijo Julián David Castro Termal en el grado de jardín.

II.- La Respuesta de los Demandados

El Ministerio de Educación Nacional dio contestación a la tutela manifestando que de conformidad con la Constitución Política y demás normas legales

pertinentes, el Ministerio sólo estaba obligado a garantizar la educación entre los 5 y 15 años de edad. Así mismo que esta entidad se encarga de fijar pautas y orientaciones para el ofrecimiento de la educación preescolar pero es responsabilidad de la entidad territorial la prestación efectiva del servicio, de acuerdo a sus circunstancias y condiciones.

Agregó que existían antecedentes jurisprudenciales por parte del Consejo de Estado en el tema de la obligatoriedad del Estado de asumir la educación de menores de 5 años, al resolver las impugnaciones que el Ministerio de Educación Nacional ha presentado frente a sentencias emitidas por el Tribunal Administrativo de Nariño, sentencias que fueron revocadas y denegaron las pretensiones de los actores.

Por lo anterior, solicitó se desvinculara al citado Ministerio como parte demandada dentro de la acción constitucional de la referencia.

Por su parte, el Instituto de Educación Municipal INEM señaló que para el año 2011 no había recibido inscripciones formales de niños de 3 y 4 años, respondiendo a las políticas nacionales, y sólo aceptó las correspondientes a niños de 5 años en adelante.

Expresó que no tenían autorización de la Secretaría de Educación del Municipio y que por ende, procedieron a inscribir únicamente a los niños que hubiesen cumplido 5 años o los que los cumplieran hasta el 31 de enero de los corrientes.

III. El fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Nariño consideró que resultaba pertinente tener en cuenta lo resuelto anteriormente por esa misma entidad frente a casos idénticos, para lo cual transcribió apartes de otras sentencias. Adicionalmente, destacó que el Consejo de Estado, al estudiar la Resolución 1515 de 2003, declaró su nulidad, acabando con el fundamento normativo de la restricción de inscribir menores de 5 años en las instituciones de educación preescolar pública.

Manifestó que un servicio tan importante como el de la educación no podía ser restringido en razón de la edad, toda vez que se incurriría en la violación del derecho a la educación, el cual tiene incidencia en el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad respecto a quienes en años anteriores han recibido la prestación del servicio en las mismas condiciones que se presentan en este caso.

En esta medida, concedió el amparo de los derechos fundamentales y ordenó que dentro de los 20 días siguientes a la notificación de la providencia, el Ministerio de Educación Nacional y el Municipio de Pasto, adelantaran las gestiones necesarias para la efectiva prestación del servicio de educación preescolar en el Jardín Infantil Piloto INEM.

IV. La impugnación

El Ministerio de Educación Nacional impugnó el fallo del Tribunal Administrativo de Nariño en el que reiteró lo expuesto en la contestación y resaltó que con ocasión del proceso de descentralización de la administración del servicio público educativo, es competencia ahora de los gobernadores y alcaldes la administración de la educación y del personal

docente y administrativo, y solicitó, una vez más, que fuera desvinculado del fallo.

De otra parte, la Alcaldía Municipal de Pasto impugnó el fallo de 24 de marzo de 2011 y alegó que la no atención de los menores de 5 años encontraba fundamento legal y constitucional en cuanto el mínimo obligatorio para la prestación del servicio de educación comprende los 5 y 15 años de edad, incluyendo un grado de preescolar, a saber, transición. Por esta razón, los niños que no cumplan con el requisito de edad mínima, deberán esperar a que cumplan los 5 años para poder acceder a la prestación del servicio.

Destacó que para atender a los niños que están por fuera de dicha cobertura, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presta un servicio, con asignaciones presupuestales de orden nacional, lo cual hace parte de una política de atención integral a la primera infancia que tiene el Municipio.

Al igual que el Ministerio de Educación Nacional, solicitó su desvinculación. Así mismo, solicitó que se declarara que la función que cumple el Municipio es de supervisión y no de prestación directa del servicio, habida cuenta que esta obligación está en cabeza del Instituto de Educación Municipal INEM.

V.- Las Consideraciones de la Sala

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política fue instituida para proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular, en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto Ley 2591 de 1991. Dicha acción se

establece como mecanismo subsidiario, es decir, que sólo procede cuando el afectado no disponga de otros instrumentos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio, con miras a evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto corresponde a la Sala establecer si el Ministerio de Educación y el Municipio de Pasto vulneraron los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad del menor Julián David Castro Termal en nombre de la cual se interpuso la acción de tutela, al negarle la posibilidad de cursar los grados de jardín, en razón de que no ha cumplido los cinco años de edad, que exige la ley para tal efecto.

El inciso tercero del artículo 67 de la Constitución Política, establece:

“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.”

Es decir, la Constitución Política consagra unos parámetros mínimos que, en cualquier caso, deben ser cumplidos por el Estado Colombiano con la finalidad de satisfacer el derecho fundamental a la educación de los niños, prestando en forma obligatoria el servicio de educación a los menores entre los 5 y los 15 años de edad, comprendiendo un grado de preescolar y nueve de educación básica.

Sin embargo, la Jurisprudencia de esta Corporación ha manifestado que dicho parámetro no constituye una prohibición para ampliar la cobertura de la

educación, porque este servicio público es de vital importancia para el cumplimiento de los fines del Estado. Ha dicho el Consejo de Estado:

“En tal virtud, esas normas permiten a la Sala concluir que, contrario a la interpretación adoptada por los demandados y por el Tribunal en este asunto, el mínimo de prestación del derecho a la educación preescolar no constituye una barrera que impide ampliar su cobertura, pues, por el contrario, la mayor prestación del servicio de educación desarrolla los fines esenciales del Estado Social de Derecho¹”.

En desarrollo del mencionado artículo 67 de la Carta Política, la Ley 115 de 1994, “por la cual se expide la ley general de educación”, en sus artículos 17 y 18 consagra, en relación con la educación preescolar, lo siguiente:

*“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

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. M.P. Darío Quiñones Pinilla. Expediente: 2004-0005-01(AC). Actor: ROSMERY CASTILLO LEÓN Y OTRA. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS.

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”. (Negrillas y Subrayas fuera de texto.)

Adicionalmente, el artículo 20 del 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*”, señala lo siguiente:

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

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

Las normas citadas permiten concluir que el legislador ha previsto el deber de aumentar gradualmente el servicio de educación, pues la exigencia de grados obligatorios no son óbice para que las instituciones educativas del Estado ofrezcan más de un grado de preescolar.

Por otra parte, el artículo 2º, del Decreto 2247 de 1997, ya citado, establece:

“ARTICULO 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**”.*
(Negritas y Subrayas fuera de texto.)

De acuerdo con la norma trascrita, dentro de los tres niveles que componen la educación preescolar se encuentran los de pre-jardín y jardín que se ofrecen a los niños menores de cinco años.

Es de resaltar que la Ley 715 de 2001, “*por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros*”, descentralizó la prestación del servicio de educación, como quiera que la obligación de transferir los recursos del sistema general de participaciones corresponde a la Nación y la de administrar los entes educativos y el personal docente (artículos 5°, 6° y 7°). Igualmente, corresponde a los entes territoriales propender por un eficiente servicio y la progresiva ampliación de su cobertura.

De igual forma, el artículo 4° de la Ley 115 de 1994 señala que la Nación y las entidades territoriales, serán las responsables de garantizar el cubrimiento del servicio público de educación.

Por su parte, el párrafo del artículo 6° del Decreto 1860 de 1994 dispone que la atención educativa al menor de 6 años prestada por las instituciones privadas y oficiales, deben ser apoyadas especialmente por la Nación y las entidades Territoriales.

El numeral 6.2.1 del artículo 6° y el numeral 1° del artículo 7° de la Ley 715 de 2001- *“por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*, dispone que corresponde a los Departamentos, en caso de Municipios no certificados, a los Distritos y Municipios:

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

Ahora bien, lo anterior será cubierto por los recursos del Sistema General de Participaciones, conforme al artículo 365 de la Constitución Política.

Así pues, en sentencia de 4 de octubre de 2007 (Expediente núm. AC-2007-00235 01), proferida por esta Sección, con ponencia del Magistrado doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, se señaló lo siguiente:

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

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

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

En el caso concreto, tanto de los argumentos de la contestación de la demanda y de la impugnación, así como de la revisión de varias sentencias que versan sobre hechos idénticos, la Sala infiere que el Municipio de Pasto ha ampliado la cobertura en el servicio de educación y ha prestado dicho servicio a los menores de cinco años.

En relación con la ampliación de la cobertura, el Consejo de Estado indicó que se vulnera el derecho a la educación de los menores al impedir el acceso a los grados de prejardín y jardín, cuando una institución educativa que durante largo tiempo ha prestado el servicio de educación en los niveles

señalados decide intempestivamente impedir el acceso a los mismos. Señaló la Sección Primera²:

“En el presente asunto, el municipio de Pasto, por intermedio del Jardín Infantil Piloto INEM, adscrito a la institución educativa MARIANO OSPINA RODRÍGUEZ, venía prestando el servicio de educación preescolar en los niveles prejardín, jardín y transición a los niños menores de 6 años residentes en su territorio, como lo demuestra la intervención en el proceso de la Secretaría de Educación de Pasto y el informe elaborado por el rector de la referida institución durante el trámite de la primera instancia; además, según tales informes, el Jardín Infantil Piloto INEM, cumple con todos los requisitos exigidos por la ley general de educación para prestar el servicio de educación preescolar, tiene el espacio físico para ello, y dispone del personal docente, administrativo y de servicios generales para atender eficientemente las necesidades educativas de los infantes; igualmente, el Jardín tiene reconocimiento a nivel Departamental, Municipal y Nacional por prestar el servicio educativo público de calidad.

*No obstante, **de manera intempestiva y luego de haber ampliado la cobertura de la prestación del servicio de educación preescolar, la Secretaría de Educación del Municipio resolvió suspender la financiación del mismo a niños menores de 5 años, razón por la cual la institución educativa no pudo ofrecer el servicio de educación preescolar en los niveles de jardín y prejardín a dicha población infantil**”.*

*En criterio de la Sala, esta conducta del Municipio demandado vulneró el derecho a la educación de los menores en su faceta de acceso, **ya que les impidió vincularse al sistema educativo y beneficiarse del servicio que desde años atrás venía prestándose en dicha institución**, lo que evidencia claramente la regresividad de la medida, razón por la cual se confirmará la decisión del Tribunal”.*

² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 4 de octubre de 2007 (Expediente núm. AC-2007-00235 01, Magistrado ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

Para la Sala no existe razón que justifique la no apertura de inscripciones en el Jardín Infantil Piloto, para niños menores de cinco años, porque en virtud de las normas mencionadas venía ampliando la cobertura en educación preescolar, medida que en manera alguna puede ser regresiva so pena de vulnerar, como en efecto ocurrió, el derecho fundamental a la educación de los niños.

En este sentido y reiterando su Jurisprudencia, la Sala considera que en el presente asunto se vulneró el derecho fundamental a la educación del menor Julián David Castro Termal, comoquiera que la entidad territorial demandada generó la expectativa legítima de acceso al servicio de educación preescolar de aquél, expectativa que se vio defraudada cuando intempestivamente y con una medida regresiva decidió no permitir la matrícula de nuevos estudiantes, luego de ampliar la cobertura del servicio.

La Sala precisa que en razón a que el Ministerio de Educación Nacional, como quedó expuesto, se encuentra en la obligación de prestar el servicio de educación y deberá apoyar a las instituciones oficiales y privadas que proporcionen dicho servicio a la población menor de 6 años, no debe ser desvinculado de la presente acción de tutela.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia impugnada.

Por secretaría, **envíese** copia de esta decisión al Tribunal de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 16 de junio de 2011.

MARCO ANTONO VELLILLA MORENO
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
Con aclaración de voto